Die Voraussetzungen der Widerklage und ihrer Erhebung nach deutschem Civilprozessrecht.

Inaugural-Dissertation,

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Deinhardt

aus Nürnberg.

Approbiert am 13. Juni 1906.

Heidelberg.
Heidelberger Verlagsanstalt und Druckerei (Hörning & Berkenbusch)
1906.

Referent: Professor Dr. Paul Oertmann.

Litteratur.

Archiv für civilistische Praxis (A. f. c. Pr.), besonders Bd. 65 Lippmann, Einrede der Rechtshängigkeit.

Bayer, Vorträge über den allgemeinen ordentlichen Civilprozeß 8. Aufl. 1856.

Binder, Beiträge zur Auslegung des BGB.

Endemann, der deutsche Civilprozeß. 3 Bde. 1878—79.

Fitting, der Reichscivilprozeß. 10. Aufl. 1900.

Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 22—25 30, 38.

Hahn, gesammelte Materialien zur CPO.

Hellmann, Kommentar zur CPO.

„ Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 1885.

Holtzendorff, Rechtslexikon.

Kleiner, Kommentar zur CPO.

Kleinfeller, Gerichtsstand der Widerklage. Münchener Dissertation 1882.

Kohler, gesammelte Beiträge.

„ Prozeß als Rechtsverhältnis.

Neukamp, Kommentar zur CPO.

Petersen, Kommentar zur CPO.

Planck, Lehrbuch des Civilprozeßrechts. 2 Bde. 1887—96.

„ Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht 1844.

Reichsgerichtsentscheidungen in Civilsachen (RE.).

Reincke, Kommentar zur CPO.

Renaud, Lehrb. des gem. deutschen Civilprozeßrechts. 2. Aufl. 1873.

Sartorius, Lehre von der Widerklage 1838.

Sarwey, Kommentar zur CPO.

Savigny, System.

v. Seuffert, Kommentar zur CPO.

v. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (S.A.).

Schmidt, Lehrbuch des Civilprozesses 1898.

Schollmeyer, Zwischenstreit unter den Parteien. 1. Abt. 1880.
Struckmann-Koch, Kommentar zur CPO.
Troll, das Versäumnisurteil.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Bd. 1885.
„ Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1896.
Weißmann, Feststellungsklage.
Wetzell, System des Civilprozesses. 3. Aufl. 1878.
Wilmowsky-Levy, Kommentar zur CPO.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl. 1900.
Zeitschrift für deutschen Civilprozeß (Z. f. d. C.), besonders Bd. 4: Löning, Widerklage im Reichszivilprozeß und Bd. 22: Oertmann, die Incidentfeststellungsklage.

Inhalt.

Einleitung.

§ 1. Begriff der Widerklage 7

Voraussetzungen der Widerklage.

§ 2. Allgemeines 11

I. Voraussetzungen der Widerklage als einer Klage.

§ 3. Zulässigkeit des Rechtsweges 12

§ 4. Gerichtsbarkeit 12

§ 5. Nichtrechtshängigkeit des Anspruches 14

§ 6. Ordentliches Verfahren im Gegensatz zum Schiedsgericht 21

§ 7. Kostenerstattung im Falle des § 271 A. 4 21

§ 8. Parteifähigkeit; Prozeßfähigkeit; gesetzliche Vertretung 22

§ 9. Zuständigkeit des Gerichts. a) Allgemeines 25

§ 10. b) Die Bedeutung des § 33 CPO. 27

§ 11. c) Der Gerichtsstand für Widerklage 35

§ 12. d) Gerichtsstand des Sachzusammenhangs 41

§ 13. e) Sachliche Zuständigkeit 46

II. Voraussetzungen der Widerklage als solcher.

§ 14. Rechtshängigkeit eines Prozesses 52

§ 15. Identität des Gerichtes und des Parteienpaares . . 57

§ 16. Geeignete Prozeßart der Vorklage 60

III. Die gültige Erhebung.

§ 17. Form der Erhebung 61

§ 18. Zeit der Erhebung 66

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0151

Einleitung.

§ 1. Begriff der Widerklage.

Die CPO. hat eine Begriffsbestimmung der Widerklage nicht gegeben. Wo sie ihrer zum ersten Male Erwähnung tut (§ 5), behandelt sie ihre rechtliche Natur als bereits bekannt, und ebenso bleibt es im Verlaufe aller auf dieses Institut bezüglichen Vorschriften und Regeln. Es ist daraus zu entnehmen, daß die CPO. dem bisherigen Sprachgebrauche treu bleiben und das Wort für den herkömmlichen Begriff benützen wollte.

Indessen läge eine nicht unbedenkliche petitio principii darin, wollten wir sagen, daß sich aus dem angeführten Grunde die Widerklage des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzgebung mit jener der CPO. vollständig decken müßte; ganz abgesehen davon, daß von den Schriftstellern des gemeinen Rechts[1]) zwei Arten von Widerklage herausgearbeitet waren, die reconventio perfecta (propria) und imperfecta (impropria)[2]), und wir schon hier in Zweifel geraten müßten, welche der genannten Arten die CPO. herüber genommen hätte. Daher dürfen wir der Widerklage der CPO. nur soviel zugrunde legen, als sich im Laufe der ge-

1) vgl. besonders Satorius Lehre von der Widerklage, Wetzell System des ordentl. Civilprozesses S. 507 ff., 843 ff., 662 ff., Savigny System B. 6 S. 330 ff., Fuchs Recht der Widerklage i. A. f. c. P. B. 53 S. 149 ff. Planck Mehrh. von Rechtsstr. S. 67 bis 94 u. S. 344—371, Bayer Vortr. S. 213 ff., 638 ff., Renaud Lehrb. §§ 38, 61, 202 III.

2) vgl. Fuchs a. a. O. S. 150, 163. Hinschius i. v. Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. Widerklage, Löning Widerklage im Reichscivilprozess Z. f. d. C. Bd. 4 S. 3. Kleinfeller Gerichtsstand der Widerklage S. 1. ff.

schichtlichen Entwicklung[3]) als allgemeiner Begriff der Widerklage kristallisiert und durchgängig erhalten hat, während wir zu dessen scharfer Umgrenzung nur auf Grund der in der CPO. selbst gegebenen zerstreuten Bestimmungen kommen können.

Widerklage im Allgemeinen war niemals etwas anderes als die während eines Rechtsstreites an dessen Gericht erhobene Klage des Beklagten gegen den Kläger[4]).

Daß auch die CPO. überall, wo sie von Widerklage spricht, diesen soeben festgestellten Begriff im Auge hat, kann unschwer aus ihren eigenen Bestimmungen gelesen werden[5]).

Wenn behauptet wurde, die Widerklage sei eine Klage, d. h. eine selbstständige Klageerhebung, mit welcher ein neuer Rechtsanspruch vor Gericht gezogen und dessen gerichtliche Entscheidung gefordert wird, so sprechen die §§ 5, 33, 145 A. 2, 322 CPO. in der Tat von einem Gegenanspruch als dem Gegenstand der Widerklage[6]); ferner behandeln die §§ 103—105 GVG. die Widerklage auch wörtlich als Klage wegen eines Gegenanspruches und betonen zusammen mit §§ 33 und 506 CPO. die Notwendigkeit einer besonderen Zuständigkeit des Gerichtes für ihre Erhebung; des weiteren spricht § 145 von der Möglichkeit, daß über den durch Widerklage geltend gemachten Gegenanspruch unter Umständen in einem getrennten, also selbständigen Prozeß verhandelt wird; ferner behandelt § 280 die Klage und Widerklage gleichmäßig als den Antrag auf richterliche Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses; § 281 bestimmt die Rechtshängigkeit des in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Anspruchs und begreift als Hauptfall der Geltendmachung

3) vgl. bes. Kleinfeller a. a. O. S. 9—41 und Planck I S. 72 f.
4) vgl. Kleinfeller a. a. O. S. 4, Löning a. a. O. S. 2.
5) vgl. Löning a. a. O. S. 6—9.
6) Daß GKG. § 11 diesem Satze nicht die Geltung raubt, vgl. Löning a. a. O. Anm. 5.

die Widerklage; endlich fordern die §§ 301 und 322 für den Widerklageanspruch (ebenso wie für den Klageanspruch) ein der Rechtskraft fähiges Endurteil.

Auch die übrigen oben erwähnten Begriffsmerkmale der Widerklage sind für die CPO. stillschweigende Voraussetzungen. So ergibt sich die Notwendigkeit eines schwebenden Rechtsstreites zwar nicht, wie das bis dahin in den Gesetzen Gewohnheit war[7]), aus einer ausdrücklichen Bestimmung, aber doch aus den §§ 33, 145 A. 2, 278—281, 506[8]), wo auch jederzeit die Einheit des Gerichtes für Klage und Widerklage als Selbstverständlichkeit gedacht ist.

Endlich sprechen die §§ 145 A. 2, 280, 616 ausdrücklich davon, daß der Beklagte die Widerklage erheben könne und zwar auf Grund eines gegen den Kläger gerichteten Gegenanspruches, woraus erhellt, daß das Prozeßpaar der Klage und das der Widerklage identisch ist.

Diesen klaren Folgerungen aus den Gesetzesvorschriften selbst stehen die Bedenken, die sich hauptsächlich gegen die Auffassung der Widerklage als einer Klage erhoben, nicht ernstlich entgegen. So glaubt Hellmann[9]) aus § 278 die Konstruktion des Sonderbegriffes „Angriffsmittel“ gerechtfertigt, unter den auch die Widerklage falle, der aber keineswegs eine Klage darstelle. Warum aber die Klage nicht unter dem weiteren „Angriffsmittel“ begriffen werden könne[10]),

7) Nachweis s. Löning a. a. O. Anm. 6.

8) vergl. Motive S. 188.

9) Komm. I S. 143, Lehrb. S. 441 ff. — Aehnlich Osterloh i. Z. f. d. CP. 3 S. 66 ff. vergl. dessen Widerlegung durch Löning, Anm. 25.

10) Ueber „Angriffs- und Verteidigungsmittel“ im Sinne der §§ 146 und 278 CPO vergl. Seuffert Nr. 2 zu § 146 und Litteraturnachw. ebenda. Nach Seuffert, Struckmann-Koch Nr. 2, Wilm.-Levy Nr. 2 zu § 278, Gaupp-Stein II. 1, Löning a. a. O. S. 22—29 ist die Widerklage kein Angriffs- (oder Verteidigungs-) mittel und kam nur durch Ungeschicklichkeit in die Parenthese des § 278 hinein, weil sie gleichbehandelt sein sollte wie die Angriffs- und Verteidigungsmittel. A. M. Hellmann a. a. O. und Osterloh a. a. O. S. 66. — Ein zwingender Grund, dem Gesetzgeber die erwähnte Nachlässigkeit in die Schuhe zu schieben, besteht indessen m. E.

wird nirgends gesagt und umgekehrt auch wieder zugegeben, daß die Widerklage einen neuen Rechtsstreit eröffne, womit ihr die Hauptwirkung der Klage wieder zugeschrieben wird.

Ferner wurde von Lippmann[11]) der Satz aufgestellt, daß ebensowenig wie durch die Einrede auch durch die Widerklage nicht Rechtshängigkeit zustande komme und mit § 235 ä. F. begründet. Dieser Paragraph, so argumentiert Lippmann, stellt drei[12]) Wirkungen der Rechtshängigkeit fest, von denen die erste (Begründung der Einrede der Rechtshängigkeit) bisher auch bei Widerklagen eintrat. Aber es sei doch offenbar, daß von den Wirkungen No. 2 und 3 bei Widerklagen nicht die Rede sein könne. Deshalb sei auch die Ausstattung der Widerklage mit der erstgenannten Wirkung der Rechtshängigkeit willkürlich und unhaltbar[13]). Betrachten wir jedoch unbefangen den angezogenen Paragraphen (d. i. §§ 263 u. 64 n. F.), so können wir recht gut auch die zweite und dritte dort genannte Wirkung der Rechtshängigkeit der Widerklage zuschreiben. Wenn § 263 in Z. 2 des A. 2 die Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nach der Rechtshängigkeit unberührt lassen will, so gilt das wörtlich von der Widerklage und der Zuständigkeit ihres Gerichtes: nur muß man eben hier wie sonst die Widerklage nicht als Zubehör des schon im Gange befindlichen Hauptprozesses betrachten[14]). In der Tat aber besteht, wenn wir die Wider-

---

nicht, da der Ausdruck Angr. und Vert. M. im Gesetz niemals einen die Widerklage ausschliessenden Begriff bezeichnet. Sehr wohl kann das Angr. M. eine allgemeinere Bezeichnung für Widerklage sein, da ja in dieser in der Tat ein Mittel zur Bekämpfung des gegnerischen Antrages benützt und zum selbstständigen Angriff vorgegangen wird.

11) Einrede der Rechtshäng. i. A. f. c. Pr. 65, S. 358—461.

12) § 263 der n. F. enthält in A. 2 nur noch zwei prozessrechtliche Folgen der Rechtsh., während die frühere Z. 3 inhaltlich sich in dem neuen § 264 findet. Diese Trennung wurde wohl für zweckmäßig befunden, weil sich Bedenken über die Zulässigkeit einer formalen Gleichstellung der drei Wirkungen erhoben.

13) a. a. O. S. 361—366.

14) Vgl. Planck Mehrh. S. 371.

klage als eigene Klage auffassen und ihr also auch ein selbständiges Gericht (wenn auch freilich mit dem des Hauptprozesses zusammenfallend) zuerkennen, kein Grund für die Unanwendbarkeit der Z. 2. Ebenso läßt sich § 264 ohne weiteres für die Widerklage entsprechend auslegen, wenn wir etwa formulieren: Nach der Erhebung der Widerklage (d. h. Eintritt der Rechtshängigkeit) ist eine Aenderung der Widerklage nur zuzulassen, wenn der Widerbeklagte einwilligt.

Gelang es somit diesen Einwendungen nicht, die Substanz des Klagebegriffs in der Widerklage zu widerlegen, so bleibt die oben dargestellte Definition der Widerklage als einer Klage unangetastet und gilt auch für die reichsprozeßrechtliche Widerklage, da ihr von der CPO. selbst Bedingungen, Eigenarten und Folgen der Klage, wie nachgewiesen wurde, zuerkannt werden.

Voraussetzungen der Widerklage.

§ 2. Allgemeines.

Beruht also das Hauptmoment der Widerklage darin, daß sie eine selbständige Klage darstellt, so folgt ohne weiteres die Notwendigkeit, daß für sie zunächst alle gesetzlichen Normen der gewöhnlichen Klage Anwendung und Geltung zu beanspruchen haben, soweit nicht in Einzelheiten positive Bestimmungen des Gesetzes entgegen lauten. Außerdem aber ergibt sich aus ihrer Besonderheit als Widerklage, d. h. aus ihrem Existenzzweck zur Verbindung mit einer schon anhängigen Klage und zu deren Bekämpfung, noch eine Reihe von eigenen Voraussetzungen. Die beiden Gruppen zusammen erst begründen die Zulässigkeit und Gültigkeit der Erhebung der Widerklage. In der folgenden Darstellung wenden wir uns daher zunächst zu den sogenannten Prozeßvoraussetzungen, die der Widerklage mit

der gewöhnlichen Klage gemeinsam sind und betrachten erst später in einem gesonderten Teile die speziellen Bedingungen der Widerklage als solcher.

I. Voraussetzungen der Widerklage als einer Klage.

§ 3. Zulässigkeit des Rechtsweges.

Nach § 322 CPO. ist über den in der Widerklage erhobenen Anspruch ein rechtskräftiges Urteil möglich und notwendig. Jedoch muß dieser Anspruch bezw. das ihm zugrunde liegende Rechtsverhältnis laut EG. zu CPO. § 3 vor die ordentlichen oder laut RG. vom 10. Juli 79 über die Konsulargerichtsbarkeit § 14 und 15 vor die Konsulargerichte gehören. Ausgeschlossen sind nach GVG. § 13 diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind[15]). Insoweit aber die Gerichtsbarkeit dieser besonderen Gerichte durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten im Sinne von § 12 GVG. übertragen wird, was EG. zu GVG. § 3 A. 1 ausdrücklich als zulässig erwähnt, sind auch solche Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten zur Widerklage geeignet, nach § 3 A. 2 des EG. zu CPO.

§ 4. Gerichtsbarkeit.

Von der Dingpflicht vor den inländischen ordentlichen Gerichten, d. h. von der Pflicht der Einlassung auf eine Klage vor diesen Gerichten befreien die §§ 18—21 GVG. die sogenannten Exterritorialen und EG. zu GVG. § 5 für den Fall besonderer Regelung durch Hausverfassung oder Landesgesetze die Landesherren und Mitglieder der landesherrlichen und der fürstlichen Hohenzollernschen Familien,

15) Aufgezählt in § 14 GVG.

sowie des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen herzoglich Nassauischen Fürstenhauses. Das gilt natürlich auch, wenn gegen diese Personen Widerklage erhoben wurde. Man hat jedoch in der Klageerhebung von seiten eines derart Privilegierten einen Verzicht auf sein Recht zur Einlassungsverweigerung erblicken wollen[16]) und gemäß den Sätzen: cuius in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem non dedignetur[17]) und: svar die man klaget, dar mut he antwerden, of man vp yne klaget[18]), eine Widerklage für zulässig erachtet[19]). Diese Annahme eines in der Klage liegenden Verzichtes ist aber eine willkürliche Fiktion ohne gesetzliche Grundlage, umsomehr als die angeführten gemeinrechtlichen und deutschrechtlichen Sätze sich nur auf den Gerichtsstand der Widerklage beziehen, der für den Kläger durch die Widerklage geschaffen wird; aber diese Widerklage muß vor allem ihren Voraussetzungen genügen, was gerade für unseren Fall, daß sie gegen privilegierte Personen erhoben wird, bestritten wird. Keinesfalls kann in der Klageerhebung eines Privilegierten eine Ausdehnung der Gerichtsbarkeit über ihre gesetzlichen Grenzen liegen; und just das, nicht nur ein Verzicht, wäre nötig, damit eine gültige Widerklage gegen ihn zustande käme[20]). Widerklagen gegen die durch die oben angeführten Paragraphen privilegierten Personen sind demnach regelmäßig ausgeschlossen. Nur wenn die Landesgesetze und Hausverfassungen von der durch EG. zu GVG. § 5 gegebenen Möglichkeit eigener Bestimmungen keinen Gebrauch machten, können die in diesem Paragraph Privilegierten unbedingt, wenn sie ein bestimmtes

16) Vgl. Kleiner I S. 218, Wilm.-Levy S. 674.

17) L. 14 C. de sent. et interloc. 7, 45.

18) Ssp. III 79 § 3.

19) Wenigstens für die Exterritorialen, während über die Zulässigkeit der Widerklage gegen den Landesherrn das Partikulargesetz entscheiden solle; vgl. Löning a. a. O. S. 71. AM Kleiner a. a. O.

20) Vgl. Gaupp-Stein (6 und 7) S. 101, Löning a. a. O. S. 71, Kleinfeller S. 85ff., Struckmann-Koch zu § 20 GVG.

Gericht oder eine Gerichtskategorie[21]) anordnen, nur an diesem Gericht mit Widerklage belangt werden. Umgekehrt können die durch EG. zu GVG. § 5 Privilegierten ihren nichtprivilegierten Kläger, der sie an ihrem besonderen Gerichte verklagt hat, nicht durch Widerklage belangen, da für ihn die ordentlichen bezw. die Konsulargerichte zuständig und also auch für Widerklage gegeben sind[22]); es müßte denn sein, daß als Gericht des Landesherrn, wie z. B. für Bayern, ein ordentliches Gericht im Sinne von § 12 GVG. festgesetzt wurde und daß gemäß § 38 CPO. das besondere Gericht durch Vereinbarung auch für die Widerklage zuständig wurde oder durch Konnexität, soweit § 33 A. 2 nicht entgegensteht, der besondere Gerichtsstand der Widerklage (§ 33) an dem Gericht des Hauptprozesses gegeben sei[23]).

Einen weiteren Fall der Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte siehe unten § 6.

§ 5. Nichtrechtshängigkeit des Anspruches.

Wie der durch die Klage, so darf auch der durch die Widerklage geltend gemachte Anspruch nicht anderweit durch Klage oder Widerklage rechtshängig sein. Es stünde

21) Für Bayern das Oberlandesgericht, vgl. kgl. Familienstatut vom 5. August 1819 Tit. X § 1. Bayr. AG. zu GVG. § 36 Z. 1.

22) Vgl. Löning a. a. O. S. 35 und 72, Kleinfeller a. a. O. S. 80.

23) Diese Möglichkeit finde ich zwar nirgends erwähnt, halte sie aber für gegeben, da die CPO. mit diesen Paragraphen auf den nichtprivilegierten Kläger Geltung zu beanspruchen hat. Der Haupteinwand dagegen möchte aus § 38 zu entnehmen sein, wonach nur ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz durch Vereinbarung (und durch Analogieschluß) als Gerichtsstand der Widerklage zuständig wird. Allerdings ist regelmäßig unter einem solchen Gericht erster Instanz das Oberlandesgericht, das in unserem Falle für Bayern in Betracht kommt, nicht begriffen; jedoch ist für den Prozeß, wo ein Landesherr u. s. w. beklagt ist, ausnahmsweise das OLG. erstinstanzliches Gericht und es ist kein Grund vorhanden, warum es nicht auch für den nichtprivilegierten Widerbeklagten erste Instanz werden könnte. Ausgeschlossen bleibt die Widerklage gegen Nichtprivilegierte natürlich an den nichtordentlichen Gerichten der §§ 13, 14 GVG., von denen übrigens nur die im § 13 erwähnten Verwaltungsbehörden und -gerichte in Betracht kommen.

dem Widerbeklagten in diesem Falle die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 274 A. 2 Nr. 4) zur Verfügung, deren Geltendmachung zur Abweisung angebrachtermaßen führen muß. Ist jedoch der Widerklageanspruch anderweit auch durch Einrede, etwa durch Kompensationseinrede, anhängig, so schadet das der Erhebung einer Widerklage auf Grund desselben Anspruches keineswegs[24]). § 322 spricht ja nur von der Rechtskraft der Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht bestehe, nicht aber von der Notwendigkeit der richterlichen Entscheidung über einen Gegenanspruch; und erst eine solche würde den Hauptbestandteil der Rechtshängigkeit darstellen. Des weiteren aber spricht § 263 die Wirkung der Rechtshängigkeit eben nur der Erhebung der Klage zu, nicht der der Einrede. Daß aber die Einrede und die Klage auch nur hier die notwendige begriffliche Verwandtschaft besäßen, um sie ihre Wirkungen einander austauschen zu lassen, ist nirgends ernstlich behauptet worden[25]).

Die Frage, wann dieses Prozeßhindernis der Identität des Widerklageanspruchs mit einem schon anhängigen Anspruch gegeben sei, führt zu einer besonderen Betrachtung des Verhältnisses der Ansprüche in Vor- und Widerklage. Von vornherein steht fest, daß in der Widerklage nicht ein solcher Anspruch geltend gemacht werden darf, der seinem materiellen Gehalte nach schon in der Vorklage erhoben ist. Eine Identität der Gegenstände der Vor- und Widerklage ist sowohl bei Verurteilungs- wie bei Feststellungsklagen denkbar, d. h. tatsächlich möglich[26]), wenn auch nicht rechtlich zugelassen. § 256 gibt eine Feststellungsklage auf Bestehen und auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses; somit könnte der Fall eintreten, daß der Beklagte Widerklage

24) Ebenso Löning a. a. O. S. 48 und RE. 16 S. 378. AM. Mot. S. 187 und Mehrzahl der Komment., s. Struckmann-Koch S. 210 und Nachw. dortselbst.

25) Dazu steht nicht im Widerspruch, dass oben bei Anm. 10 behauptet wurde, der Ausdruck Angriffs- und Verteidigungsmittel umschließe sowohl Einrede (vgl. § 278 A. 1) wie Klage (und Widerklage). — Vgl. auch RE. 20 S. 409.

26) AM. Löning a. a. O. S. 49.

auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses erhebt, auf dessen Bestehen der Vorkläger die Feststellungsklage anstrengte: die Einrede der Rechtshängigkeit wäre nach § 263 A. 2 Nr. 1 gegeben[27]), da es sich um dieselbe Streitsache in beiden Klagen handelte. Wie aber hier die Verschiedenheit der beiderseitigen Intention der Identität keinen Abbruch tut, so kann diese auch bestehen bei beiderseitigen Verurteilungsklagen. Klagt z. B. der Vermieter gegen den Mieter auf Beseitigung von Mängeln, so wäre es an sich möglich, daß auch der Mieter den Vermieter aus dem gleichen Rechtsgrunde, auf den der Vermieter seinen Anspruch stützt, auf Beseitigung der Mängel verklagte: er wäre nach § 263 abzuweisen. Aehnlich gestaltet sich die Lage, wenn etwa die Klage auf Verurteilung, die Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Klageanspruchs gerichtet wäre und umgekehrt[28]). In allen Fällen bleibt die Streitsache, d. i. das streitige Rechtsverhältnis, die gleiche. Der Beklagte hat überall nur den Antrag auf Abweisung der Klage zur Verfügung[29]).

Gegenstandsidentität liegt auch dann vor, wenn die Vorklage einen Teil des Anspruchs geltend macht, und der Beklagte widerklagend Feststellung des Nichtbestehens des ganzen Anspruchs beantragen wollte. Es würde der bereits rechtshängige Teilanspruch ein zweites Mal rechtshängig gemacht werden. Deshalb ist gültige Widerklage nur möglich auf Feststellung des Nichtbestehens des in der Vorklage nicht geltend gemachten Restes des Gesamtanspruchs des Klägers[30]). Daran muß festgehalten werden, wiewohl zugegeben werden kann, daß die zum zweiten Male zu dem

27) Vgl. Oertmann, Inzidentfeststellungsklage i. Z. f. d. CP. 22, S. 24.

28) AM. Weismann, die Feststellungsklage S. 164.

29) Daraus, daß die Abweisung die positive Feststellung des eigenen beklagten Anspruches involviere, zieht Weismann die in Anm. 28 oben erwähnte Konsequenz der Zulässigkeit der Leistungswiderklage gegenüber der negativen Feststellungsvorklage.

30) Vgl. Löning a. a. O. S. 51 und die von ihm in Anm. 51 erörterten ähnlichen, aber anders gearteten Fälle.

Charakter der Streitbefangenheit gelangende Teilsumme in der Widerklage eine ganz andere Bedeutung und Stellung für beide Parteien einnimmt, vor allem eben der Selbständigkeit hier ganz und gar ermangelt. Aber mag es ruhig ein unnatürliches Verlangen genannt werden, von der strittigen Summe bei der Widerklageerhebung den im Vorprozeß befangenen Teil abzuziehen —, ein anderes Verfahren brächte Unklarheit und Verwirrung! Der Vorkläger hat eben die Vergünstigung der Prävention.

Wie nun in dem letztgenannten Falle keineswegs der Umstand die Einrede der Rechtshängigkeit verursacht, daß bei den Ansprüchen das gleiche Rechtsverhältnis zugrunde liegt, so ist allgemein kein Grund gegen die Zulässigkeit der Widerklage, daß sie einzelne Elemente und Existenzquellen mit der Vorklage gemeinsam hat. Ja, § 33 gedenkt sogar ausdrücklich des Zusammenhangs von Anspruch und Gegenanspruch und privilegiert eine solche konnexe Widerklage durch einen besonderen Gerichtsstand. Vor allem ist Gleichheit des individuellen Objektes, dessen rechtliche Beziehungen zu Kläger und Beklagtem Gegenstand des Prozesses sind, kein Hinderungsgrund. Gegen Eigentumsklagen ist daher Widerklage aus[31]) Eigentum an derselben Sache recht wohl

31) Löning a. a. O. S. 52 dürfte mit seinen Beispielen zu weit gehen, wenn er gegenüber der Eigentumsklage eine Widerklage auf Eigentum an derselben Sache gibt, gegenüber der Erbschaftsklage eine WKL. auf dieselbe Erbschaft. In solchen Widerklagen läge meines Erachtens nur die Klage auf Feststellung des Bestehens des Eigentums, also auf Feststellung der rechtlichen Zugehörigkeit des Objektes, eine Klage, die bereits vom Vorkläger erhoben ist, mit gleichem Gegenstand in verschiedener Intention. Analog der obenerwähnten Widerklage auf Gesamtleistung gegenüber der Vorklage auf einen Teilanspruch würde mit der Widerklage auf Eigentum die Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen des klägerischen Eigentums ein zweites Mal rechtshängig werden. Eigenes Eigentum begreift eben die Nichtexistenz fremden Eigentums in sich. (Anders natürlich bei Miteigentum und bei Klagen aus dem Recht gegenüber der Besitzklage s. o.) Die Frage weist wohl in die letzten Intimitäten der Materie und findet vielleicht nur in der Praxis von Fall zu Fall ihre Lösung.

zulässig. Umstritten ist die Frage nach der Zulässigkeit der Widerklage aus dem Recht (Eigentum u. s. w.) gegenüber der Besitzklage. Doch wird sie nirgends um deswillen verworfen, weil ihr die Einrede der Rechtshängigkeit entgegenstünde. Vielmehr erklärt sich der Zwiespalt[32]) in Literatur und Judikatur aus der verschiedenen Auslegung des § 232 A. 2 CPO. von 1877, der übrigens durch die Novelle gestrichen wurde, sodaß dieses Streitmoment beseitigt ist[33]), und aus der verschiedenen Auffassung der Konnexität (im Sinn des § 33) entweder als einer Voraussetzung der Widerklage selbst oder nur des besonderen Gerichtsstandes[34]). Uebrigens haben diejenigen Schriftsteller, die die Konnexität als Voraussetzung der Widerklage betrachten, in dem Falle der Rechtswiderklage gegen Besitzklage nur teilweise das Vorhandensein der Konnexität geleugnet und daher vielfach ihre Zulässigkeit eingeräumt[35]).

Wir werden gemäß der im § 10 vertretenen Anschauung die Widerklage aus dem Recht gegenüber der Besitzklage zulassen; s. jedoch die Bestimmungen in §§ 863 64 vbd. 861/62 BGB.[36]).

Noch ist eines besonderen Falles zu gedenken, wo der Widerklageanspruch zu dem der Klage in einem besonders engen Verhältnis steht, des Falles in § 280 nämlich, wenn der Beklagte durch Widerklage die Feststellung eines wäh-

32) Für die Zulässigkeit Löning a. a. O. S. 52, Gaupp-Stein, Petersen II 19, Sarwey S. 347 Z. 7, Hellmann II 23 ff., Kleinfeller S. 55 f.; OLG. Cassel in Häusers Annalen 27 II S. 44. — Gegen sie: Seuffert zu § 33 Anm. 2e a. E., Planck BGB. § 863 Nr. 4, Meyer Z. f. d. CP. VIII 456; RE. 23 S. 396.

33) Vgl. Löning a. a. O. gegen Seuffert (S. 261 damal. Ausg.).

34) Vgl. insbesondere RE. 23 S. 396. Ueber die zuletzt erwähnte Streitfrage s. u. § 10.

35) Vgl. Hellmann, Petersen, Sarwey, Kleinfeller, alle an dem in Anm. 31 angeg. O. Anders RE. a. a. O.

36) Diese Paragraphen scheinen indeß weniger über die prozessuale Zulässigkeit, als über den materiellen Erfolg einer gleichwohl erhobenen Widerklage bestimmen zu wollen; es resultiert aus ihnen keine prozeßhindernde Einrede, noch weniger eine Rüge von amtswegen.

rend des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses beantragt, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Teile abhängt. In diesen Inzidentwiderklagen wird ein Anspruch erhoben, dessen Existenz die Existenz des Vorklageanspruches bedingt. Da nun, je nachdem Feststellungsklage auf Bestehen oder auf Nichtbestehen des präjudiziellen Rechtsverhältnisses erhoben wurde, die Existenz des bedingten Vorklageanspruchs diejenige des bedingenden Inzidentwiderklageanspruchs entweder in sich schließt oder ausschließt, so könnte man befürchten, daß die Feststellung des bedingenden Anspruchs (sei sie negativ oder positiv) begrifflich schon in der Klage über den (bedingten) Vorklageanspruch enthalten und somit schon in der Vorklage rechtshängig geworden sei, sodaß der Widerklage, die auf die Feststellung des bedingenden Anspruchs geht, die Einrede der Rechtshängigkeit entgegenstehe. In Wahrheit aber schliesst nur die positive Feststellung des bedingten Anspruchs die Entscheidung über den bedingenden ein. Nicht aber in gleicher Weise die negative, die Verwerfung der Vorklage. Deshalb kann nicht behauptet werden, daß in der Vorklageerhebung begrifflich auch die Entscheidung über das bedingende, ev. widerklagenderweise zur Sprache gebrachte Rechtsverhältnis begehrt werde und daher dieses letztgenannte nicht ein zweites Mal rechtshängig gemacht werden dürfe.

Die Abhängigkeit also, d. h. die gegenseitige Bedingtheit der Ansprüche, ist keineswegs ein Moment, das die Inzidentwiderklage mit dem Prozeßmangel einer zweiten Rechtshängigkeit der gleichen Streitsache durchsetzt. Einen solchen Mangel verursacht nur die Identität des ursprünglichen und des incidenter geltend gemachten Rechtsverhältnisses[37]). Identität des Rechtsverhältnisses liegt aber auch

37) Vgl. Oertmann a. a. S. 23 ff. In solchen Fällen kann der Beklagte nicht Widerklage erheben, sondern nur den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Erledigung des Inzidentstreites stellen, wie auch das Gericht nach § 148 zu einer solchen Aussetzung von amtswegen befugt ist. Wollte man aber sehr am Wortlaut hängen und betonen, daß § 148 nur von einem Rechtsver-

vor, wenn es sich hier um Grund (§ 304 CPO.), und dort um Betrag eines Anspruches handelt. In der Geltendmachung des Betrags liegt implicite die Feststellungsklage des Bestehens des Anspruchs, die Geltendmachung des Grundes; dieser würde also zwei Mal rechtshängig werden, was nach § 263 nicht sein darf[38]). Ferner liegt Identität, nicht Präjudizialität vor, wenn der Widerkläger das Rechtsverhältnis gegenüber dem darin liegenden Anspruch geltend machen will, z. B. gegen die Klage auf eine teilweise Zahlung auf Grund eines Rechtsverhältnisses Feststellungsklage auf Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses erhebt; ebenso wäre er abzuweisen, wollte er Feststellungsklage auf Nichtbestehen der ganzen Forderung gegenüber einer Klage auf teilweise Leistung erheben.

Die ziemlich heikle Frage der Abgrenzung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses (§ 280) von präjudiziellen Tatsachen (z. B. Existenz eines Vermächtnisses) hängt nicht mit der in diesem Paragraphen behandelten Notwendigkeit der Nichtrechtshängigkeit des Widerklageanspruchs zusammen[39]) und kann füglich hier übergangen werden. Aehnlich steht es mit der theoretisch und praktisch gleich wichtigen Frage, in welchem Sinne in § 280 Präjudizialität verlangt wird: ob die Feststellung des im Laufe des Rechtsstreites streitig gewordenen[40]) Rechtsverhältnisses eine, oder ob sie gerade die Bedingung für die Existenz des Vorklageanspruches bilden muß[41]).

hältnis spricht, „welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites bildet", in dem erwähnten Falle aber keine Anhängigkeit zu stande kam, so würde auch mit § 146 (einstweilige Beschränkung der Verhandlung auf Einreden; mit einer solchen hätten wir es dann inhaltlich zu tun) durchzukommen sein.

38) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 26 f. A. M. Schollmeyer S. 30.

39) Die Frage kann für die Rechtshängigkeitsfrage deshalb nicht akut werden, weil niemals eine Tatsache, sondern nur ein RV. d. h. ein Aggregat von Rechten und Pflichten, rechtshängig werden kann.

40) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 23. OLG. Braunschweig vom 25. Nov. 1882 (Z. f. d. CP. 7 S. 102), Petersen zu § 280: „streitig geworden" ist soviel wie als streitig zur Sprache gebracht.

41) S. die erstmalige Analyse der Frage bei Oertmann a. a. O. S. 27ff.

§ 6. Ordentliches Verfahren im Gegensatz zum Schiedsgericht.

Betrachten wir weiter die Reihe der Prozeßvoraussetzungen, die, wie die Klage, so auch die Widerklage erfüllen muß, um nicht eine Abweisung zu riskieren, sei es auf Grund der sog. prozeßh. Einreden oder von amtswegen, so treffen wir auf die „Einrede, daß die Entscheidung des Rechtsstreites durch Schiedsrichter zu erfolgen habe" (im § 274 A. 2 Nr. 3 durch die Novelle neu eingeführt). Wenn also für die Verfolgung eines Anspruches laut § 1025 CPO. einem oder mehreren Schiedsrichtern die Zuständigkeit übertragen wurde, so kann dieser Anspruch nicht im ordentlichen Verfahren widerklagenderweise erhoben werden. Ist dagegen schon die Vorklage in einem schiedsrichterlichen Verfahren anhängig, so ist dort natürlich auch auf Grund desjenigen Anspruches Widerklage zulässig, für dessen Entscheidung das schiedsrichterliche Verfahren durch Schiedsvertrag vereinbart worden ist.

§ 7. Kostenerstattung im Falle des § 271 Abs 4.

Die Möglichkeit einer in § 274 A. 2 Nr. 6 vorgesehenen Einrede erfordert von einer gültigen Widerklage auch, daß diejenigen Kosten, die durch eine früher angestellte und dann wieder zurückgenommene Klage auf Grund des nunmehr in der Widerklage von neuem vorgebrachten Anspruchs erwuchsen, bereits gezahlt sind. Diese frühere Klage konnte auch eine Widerklage sein. Ein „von neuem anstellen" liegt also, soweit der Anspruch derselbe bleibt, in folgenden Fällen vor: die ehemalige Klage wird durch Klage wieder aufgenommen; die ehemalige Widerklage wird durch Klage aufgenommen (zwei Fälle, die für unsere Behandlung der Widerklage nicht in Betracht kommen); oder aber: die ehemalige Klage wird durch Widerklage, oder die ehemalige Widerklage wird durch eine ebensolche neuangestellt. In allen Fällen bildet die Nichterstattung der Kosten des früheren Verfahrens eine prozeßhindernde Einrede[42]).

42) Vgl. RE. 28 S. 404.

Eine mit der genannten Voraussetzung verwandte, die § 274 A. 2 in No. 5 für die prozessuale Zulässigkeit einer Klage vorschreibt auf Grund der §§ 110 A. 1, 111—113, nämlich die Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten von Seiten des klagenden Ausländers, ist für den Fall der Widerklage in A. 2 Nr. 3 des § 110 ausdrücklich aufgehoben.

§ 8. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, gesetzliche Vertretung.

Parteifähig ist nach § 50 A. 1, wer rechtsfähig ist, also alle natürlichen und juristischen Personen, auch der Fiskus und die Körperschaften des öffentlichen Rechts. Im allgemeinen bezieht sich die Parteifähigkeit sowohl auf die aktive wie passive Prozeßrolle, auf Klagen und Verklagtsein. Es versteht sich von selbst, daß für die Widerklage die aktive Parteifähigkeit vorhanden sein muß. Wenn also § 50 A. 2 den nicht rechtsfähigen Vereinen — ein Ausnahmefall — nur die passive Prozeßfähigkeit (aus Zweckmäßigkeitsrücksichten) verleiht, so wären diese an sich von der Erhebung der Widerklage, welche die aktive Parteifähigkeit beansprucht, ausgeschlossen. Aber A. 2 a. E. hebt ausdrücklich hervor, daß in dem Rechtsstreit, in dem der nichtrechtsfähige Verein die Beklagtenrolle führt, ihm die Stellung eines rechtsfähigen eingeräumt werden solle. Das ist offenbar gerade auf die Erhebung der Widerklage gemünzt, abgesehen davon, daß diese Bestimmung dem Vorstand die Vertretung des Vereines im Prozesse überträgt. Somit gilt ohne Ausnahme der Satz, daß jeder Beklagte zur Widerklage die aktive Parteifähigkeit besitzt.

Nicht unbedingt jedoch ist eine Person, die für die Vorklage prozeßfähig ist, auch zur selbständigen Erhebung der Widerklage befähigt, d. h. in dem neuen Widerklagestreit prozeßfähig. Wurde nämlich einer im speziellen Falle an sich nicht prozeßfähigen Person (z. B. Ehefrau nach BGB. § 1400 A. 2) die Ermächtigung zur Prozeßführung für den Vorprozeß erteilt, so umfaßt diese Ermächtigung wohl auch einzelne Prozeßhandlungen (§ 54[43]); unter einer solchen

43) Binder, Beitr. zur Ausleg. des BGB. 1 S. 128 und Gaupp-Stein I zu § 54 beziehen § 54 nur auf die Befugnis des gesetzlichen

„einzelnen Prozeßhandlung" ist aber nicht auch die Erhebung der Widerklage zu verstehen, da diese nicht inhaltlich ein Teil des Hauptprozesses ist, sondern nur äußerlich mit ihm zusammenhängt[44]). In den Fällen des § 112 BGB. vbd. § 52 CPO. ist der zur Vorprozeßführung befähigte Minderjährige nicht auch unbedingt zur Widerklage legitimiert; er ist nur „für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig (und nach § 52 CPO. prozeßfähig), welche der (besonders genehmigte) Geschäftsbetrieb mit sich bringt"; Widerklagen aus andern Rechtsgeschäften sind somit ausgeschlossen[45]), aus solchen des Geschäftsbetriebs zulässig. Gleiches gilt von § 113 BGB.

Trotz § 56 bedarf die Prozeßfähigkeit der Widerklagparteien im allgemeinen keiner besonderen Prüfung von amtswegen, da es sich ja um die gleichen Personen handelt, die schon in einem gültigen Prozesse stehen und in Hinsicht auf diesen bereits auf ihre Prozeßfähigkeit geprüft wurden. Nur die einstweilige Zulassung zur Prozeßführung, wie sie § 56 A. 2 gestattet, braucht sich vom Vorprozeß nicht stillschweigend auf den Widerklageprozeß zu erstrecken; in einem solchen Falle ist zur neuen Prozeßfähigkeit entweder eine neue einstweilige Zulassung oder vorherige Beseitigung des Mangels erforderlich[46]). Außerdem bedarf es einer besonderen Legitimation in den obenerwähnten Fällen, daß zu einer Widerklage die Ermächtigung für den Vor-

—

Vertreters, nicht auf jene Fälle, wo eine prozeßfähige Person zur Aktivlegitimation der Zustimmung eines Dritten bedarf, und begründen es mit der Stellung und Geschichte des § 54.

44) Vgl. Löning a. a. O. S. 69. AM. Sarwey I S. 108. Für die hier vertretene Meinung spricht auch § 81, der zu den „den Rechtsstreit betr. Prozeßhandlungen" ausdrücklich und ausnahmsweise die Widerklage hinzurechnet.

45) Sie bleiben auch ausgeschlossen, wenn man § 54 auf diesen Fall anwenden wollte (§ 54 a. E.: wenn die Prozeßführung auch ohne Ermächtigung im allgemeinen gestattet ist), da wie oben bei Anm. 44 betont wurde, in der Widerklage mehr als eine „einzelne Prozeßhandlung" liegt.

46) Löning a. a. O. S. 70.

prozeß nicht ausreicht, sondern neu begründet sein muß, also auch, wenn die Prozeßfähigkeit nur teilweise, d. h. für Klagen aus bestimmten Rechtsgeschäften gegeben ist[47]).

Wer zum Klagen und Beklagtwerden eines gesetzlichen Vertreters bedarf (nach den Vorschriften des BGB. vbd. § 51 CPO.), kann ohne ihn natürlich auch in der Widerklage weder die Kläger- noch Beklagtenrolle selbständig führen. Erhielt eine solche Person die Ermächtigung zur Führung des Vorprozesses, so hat sie, wie eben dargetan[48]), auch damit noch nicht die Befähigung zur Widerklageerhebung erhalten. Der gesetzliche Vertreter aber ist zwar nicht selbst Partei, hat jedoch dem Prozeßgegner wie dem Gerichte gegenüber sämtliche Rechte und Pflichten einer Partei, wenigstens dem Grundsatz nach. Er kann also, nachdem er sich für den Vorprozeß als gesetzlicher Vertreter einer Partei legitimiert hat, ohne weiteres für diese Partei Widerklage erheben oder sich auf eine Widerklage einlassen, ohne daß nach § 56 eine besondere Prüfung von amtswegen erforderlich wäre. Nur für den Fall der einstweiligen Zulassung zur gesetzlichen Vertretung (§ 56 A. 2) ist auch hier die Vertreterbefähigung zur Widerklage entweder durch erneute einstweilige Zulassung oder durch vorherige Heilung des Mangels zu erreichen. Bei einer Personalveränderung in der gesetzlichen Vertretung, wie sie in der Vertretung des Staates durch seine Beamten und Behörden, die sogen. fiskalischen Stationen[49]), möglich ist, versteht sich die erneute Legitimationsprüfung von selbst. Endlich sind Fälle denkbar, wo der gesetzliche Vertreter überhaupt erst in der Widerklage auftritt, da die Partei zur Vorklage selbst prozeßfähig war: hier ist Prüfung nach § 56 A. 1 nötig.

Was vollends die Vertretung durch Prozeßbevollmächtigte angeht, so gilt für die Widerklage allgemein das gleiche wie für die gewöhnliche Klage. Besteht für den

47) Vgl. Motive S. 74.
48) Trotz § 54 CPO., siehe oben bei Anm. 44.
49) Vgl. Windscheid Pand. I § 58 Anm. 2a.

Vorprozeß Anwaltszwang, so gilt er auch für den Widerklageprozeß. Wenn aber laut § 506 der Rechtsstreit vom Amtsgericht an das Landgericht verwiesen wurde, so ergibt sich dort die Notwendigkeit der Vertretung durch Anwälte für beide Prozesse. Hatte nun der Beklagte für den Vorprozeß einen Anwalt bestellt, so könnte dieser an sich nicht widerklagen, da er nur zur Führung des einen Prozesses bevollmächtigt ist und die Widerklage einen zweiten eröffnet[50]); eine Bestimmung in § 81 erklärt aber den Anwalt ausdrücklich für befugt zu „Prozeßhandlungen, welche durch eine Widerklage veranlaßt werden". Diese umfassen natürlich Erhebung und Einlassung in die Widerklage, sodaß also der beklagtische und klägerische Anwalt des Vorprozesses zur Widerklage von vornherein gesetzlich bevollmächtigt ist. Würde für die Widerklage ein neuer Anwalt bestellt, so verlöre der alte doch nicht seine Vollmacht, sondern bliebe nach § 83 unbeschränkt; daher könnten der ursprüngliche und neuernannte Bevollmächtigte laut § 84 die Partei sowohl gemeinschaftlich als einzeln vertreten, ohne daß eine abweichende Bestimmung dem Gegner gegenüber rechtliche Wirkung besäße.

§ 9. Zuständigkeit des Gerichtes.

a) Allgemeines.

Zu den Voraussetzungen der Widerklage gehört natürlich wie für jede Klage auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts für den mit ihr geltend gemachten Anspruch; diese kommt für die Widerklage zunächst auf die gleiche Weise wie für eine Klage nach den Bestimmungen des GVG. und der CPO. Tit. 1—3 zustande. Aber die Zuständigkeit für den Widerklageanspruch genügt nicht allein. Unlösbar liegt in dem Begriff der Widerklage die Identität ihres Gerichts mit dem der Vorklage. Jede dieser beiden Voraussetzungen bildet sonach eine conditio sine qua non für das gültige Zustandekommen einer Widerklage.

50) Vgl. Anm. 44.

Unter den für den Widerklageanspruch zuständigen Gerichten kommt also in Wirklichkeit nur das einzige Gericht der Vorklage in Betracht, und das Gericht der Vorklage kommt umgekehrt für die Widerklage nur dann in Betracht, wenn es Zuständigkeit gerade für den Gegenstand, der mit der Widerklage verfolgt wird, besitzt.

Dieses für eine gültige Widerklage erforderliche Zusammentreffen beider Zuständigkeiten für Klage- und Widerklagegegenstand in einem Gericht braucht jedoch nicht aus der Gleichheit der Kompetenz-Gründe hervorzugehen. Sehr wohl kann z. B. der erste Beklagte in seinem allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12—19) verklagt sein, während nun, wenn er seinerseits widerklagend vorgeht, für den Widerbeklagten an demselben Gericht ein besonderer Gerichtsstand (§§ 20 bis 34) begründet sein kann; oder die für den Vorprozeß durch Parteivereinbarung (§§ 38—40) geschaffene Zuständigkeit des Gerichts kann sich für die Widerklage daraus ergeben, daß der Widerbeklagte am Gericht der Vorklage etwa seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Das Zustandekommen der Identität des Gerichts für Klage und Widerklage ließe sich noch beliebig variieren, jedenfalls aber sehen wir, daß sie an sich von Zufall abhängt — eine bedenkliche Aussicht auf eine dem praktischen Werte entsprechende Verwendung unseres in der Rechtsentwicklung stets auf's neue bewährten Institutes.

Was war zu tun? An dem einen Erfordernis des Widerklagegerichts konnte nicht gerüttelt werden: seine Identität mit dem Vorprozeßgericht muß vorhanden sein, wenn nicht ein, vielleicht das wichtigste begriffbildende Moment der Widerklage fehlen soll[51]). Wohl aber konnte man, um eine ausgedehntere Benutzung der Einrichtung zu

51) Wir könnten diese Voraussetzung der Widerklage, der wir eine Behandlung im eigenen Paragraph nicht widmen können, ohne uns zu wiederholen (da sie in allen Voraussetzungen schon mitenthalten ist und im Auge behalten werden muß, so oft das Wort Widerklage fällt), mit Planck I S. 72 „Möglichkeit einer verbundenen Verhandlung über Vor- und Widerklage“ nennen.

ermöglichen, die Herstellung der Zuständigeit des Vorklagegerichts für den Widerklagegegenstand wesentlich erleichtern; und in der Tat haben alle neueren Gesetzgebungen[52]) wie schon das gemeine Recht diesen Weg beschritten und die örtliche Zuständigkeit der Widerklage durch Einführung eines besonderen Gerichtsstandes begünstigt. So auch die CPO. in § 33.

Die Streitfrage, die sich über die Bedeutung dieses Widerklageparagraphen erhoben hat, rechtfertigt eine eingehendere Betrachtung in einem besonderen Abschnitt.

§ 10. b) Die Bedeutung des § 33 CPO.

§ 33 ist der einzige § der CPO., der ausschließlich von der Widerklage handelt. Es erklärt sich daraus, daß man auf den ersten Blick den Ort gefunden zu haben meint, an dem über die Voraussetzungen dieser Klagart die entscheidende Belehrung zu erholen ist. Die Konsequenz dieser Annahme erfordert dann, die Erfüllung der in § 33 aufgeführten Bedingungen (A. 1 u. A. 2) als Grundlagen jenes Instituts zu betrachten. Sonach wäre in § 33 die Zulässigkeit der Widerklage geregelt.

Dafür spricht in der Tat die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen. Nachdem abweichend vom gemeinen Prozeßrecht der Nürnberger Entwurf[53]) vom Jahre 1861 zum ersten Male das Erfordernis der Konnexität aufgestellt hatte, schloß sich ihm der Hannöver'sche Entwurf[54]) an, und die Kommission[55]) stellte sie ausdrücklich fest als Erfordernis nicht nur der Zuständigkeit, sondern auch der Zulässigkeit der Widerklage. Anders freilich der Norddeutsche Entwurf[56]); doch die Entwürfe zur CPO. fußen

52) vgl. Hann. PO § 14; Hann. E. § 23; Preuß. E. §§ 30, 234; Württ. PO. Art. 49, 332; Bayer. PO. Art. 31, 157 A. 3, 510; Bad. PO §§. 39, 267 ff. Nordd. E. §§ 206, 208; Oesterr. E. §§ 47, 216 A. 2.

53) Nürnb. E. § 13; Nürnb. Komm. Prot. S. 27 ff.

54) Hann. E. § 23.

55) Hann. Prot. II S. 505—513, 4118 ff.

56) Nordd. E. §§ 65, 207, 208.

wieder auf dem Hannöver'schen Entwurf. In der Reichsjustizkommission betonte Abg. Dr. Bähr[57]), daß die Zulässigkeit der Widerklage durch die Konnexität bedingt sei. Die Motive endlich betonen ihren Anschluß an den Hann. Entwurf und äußern sich über den § 33 selbst nicht eindeutig. Einmal[58]) soll § 33 „den Gerichtsstand der Widerklage bestimmen", dann wieder[59]) „scheint es gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der Widerklage von der Konnexität abhängig macht", da durch die unbedingte Zulässigkeit eine Verquickung getrennter Rechtsverhältnisse und damit bei unserem auf Mündlichkeit beruhenden Verfahren eine Verwirrung einreißen müßte.

Aber wenn auch anzunehmen ist, daß die CPO. sich an die bisherigen neueren Legislaturen anschließen wollte, und die aus den Vorberatungen bekannt gewordenen Anschauungen der Kommission keinesfalls übersehen werden dürfen, kann eine Auslegung des Paragraphen doch nur aus seinem Wortlaut herausgearbeitet werden. Freilich konnte ja auch seine Stellung im Gesetzestext zur Feststellung seines Umfangs benützt werden; er findet sich in dem Titel Gerichtsstand, woraus geschlossen werden kann, daß die örtliche Zuständigkeit des Gerichts, der Gerichtsstand der Widerklage geregelt werden soll und nichts weiter[60]). Indes ist der Gesetzgeber nicht so sehr an seine Einteilung gebunden, daß er nicht Bestimmungen gelegentlich auch an einer anderen Stelle treffen darf, als sie ihrer Materie und Wirkung nach hingehören[61]); umsoweniger könnte in unserem Falle mit dieser formalistischen Forderung argumentiert werden, da wie gesagt § 33 der einzige Paragraph des Gesetzes ist, der ausschließlich der Widerklage gewidmet ist.

Suchen wir also durch eine Prüfung des Wortlauts Stellung zu der Frage zu gewinnen, ob in § 33 wirklich

57) Prot. S. 502.
58) Mot. des III. Entw. S. 62; vergl. auch S. 205.
59) a. a. O. S. 63; vgl. auch Mot. des I. Entw. S. 158.
60) Vgl. Löning a. a. O. S. 59.
61) Vgl. Kleinfeller a. a. O. S. 43.

Voraussetzungen der Widerklage, d. h. ihrer Zulässigkeit, bestimmt sind.

„Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht"

lautet sein Abs. 1.

Wenn ein „können" von einer Bedingung abhängig ist, so läßt sich kein logisches Urteil bilden für den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt ist; oder was dasselbe sagt: „können" hat keine eindeutige logische Negation. „Wenn A ist, kann B sein" heißt entweder: „B kann im allgemeinen nicht sein, sondern nur wenn A ist"; oder es heißt: „B kann zunächst dann sein, wenn A ist, aber auch wenn (zwar nicht A, aber) C, D, E u. s. w. ist. Nehmen wir die Bedingung als praktische Voraussetzung, so heißt das entweder: „Wenn B sein will, muss A sein; oder: „Wenn B sein will, braucht nicht A zu sein."

Unser Text ist also zweier Auffassungen fähig: a) Damit bei dem Gericht der Klage Widerklage erhoben werden kann, muß Konnexität bestehen. b) Zur Erhebung ist nicht gerade Konnexität erforderlich.

Wollten wir die zweite Auffassung annehmen, dann würden wir ein lebhaftes Bedürfnis danach verspüren, daß das Gesetz an andern Stellen noch andere Bedingungen aufgeführt hätte, von denen jede einzelne, gleich jener der Konnexität, die Erhebung der Widerklage bei dem Gericht der Klage regelte. Denn hinge diese Erhebung überhaupt nicht von Bedingungen ab, so hätte es keinen Sinn, daß das Gesetz gerade eine Bedingung nennt.

In der Tat aber ist die Bedingung des § 33 (inkl. seines A. 2) die einzige im Gesetz genannte zu dem Erfolg, daß „bei dem Gericht der Klage eine Widerklage erhoben werden kann". Wenn aber Konnexität schon einmal Bedingung ist, und keine andere genannt wird, die sie ersetzen kann, so folgt, daß es diejenige ist, deren Erfüllung allein

den Erfolg herbeiführen kann. Sonach bekennen wir uns zu der unter a) gegebenen Auffassung und sagen: „Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, nur wenn Konnexität besteht[62]).

Betrachten wir nun den durch die Konnexität verursachten Erfolg, wie er in dem Hauptsatze des A. 1 dargelegt wird.

„Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden": ist denn eine Widerklage denkbar, die nicht bei dem Gericht der Klage erhoben wird? Keineswegs. So bedeuten also die Worte „bei dem Gericht der Klage" einen üblen Pleonasmus[63]) und können ebensogut weggelassen werden? Das ist der erste Gedanke beim Lesen dieses Satzes; wir wollen ihm ein paar Schritte nachgehen und die Folgen ziehen.

Der Sinn des A. 1 wäre da: Widerklage ist nur bei Konnexität möglich.

A. 2 sagt dazu: Unanwendbar bei Ansprüchen, für welche Vereinbarung unzulässig wäre.

Nun bezeichnet § 40 A. 2 diese Ansprüche: für diese soll es also keine Widerklagen geben. Wie, und in den §§ 614—616, 618, 627, 633, 638, 640, 641[64]) sind ausdrücklich Bestimmungen über die Widerklage auf Grund solcher Ansprüche getroffen, die unter § 40 A. 2 fallen und also keine Widerklage vertragen sollen? Wir müssen irr gegangen sein.

Die Worte „bei dem Gericht der Klage" waren also doch wohl kein Pleonasmus.

Wollen wir nämlich nicht in den soeben entwickelten Widerspruch zum Gesetz geraten, so dürfen wir nicht sagen, daß die Bedingung des A. 1, an die A. 2 eine weitere anreiht, für jede Widerklage erfüllt sein müsse; die Bedingungen können vielmehr nur für eine qualifizierte Wider-

62) Am Gaupp-Stein (6 u. 7) I zu § 33.

63) Dass Kleinfeller a. a. O. S. 47 o. nicht dagegen Stellung nimmt, bringt die Unklarheit in seine Argumentation.

64) Wenn § 667 ausdrücklich, also entgegen der Regel, die W. für unzulässig erklärt, so bestätigt das nur die Regel.

klage gelten und um eine solche nur kann es sich in dem Hauptsatze des A. 1 handeln. Diese Qualifikation auszudrücken, sind die Worte „bei dem Gericht der Klage" berufen.

Sie sind im prägnanten Sinne zu verstehen: bei dem Gericht der Klage als solchem. Die Worte sind aus den Hann. Entwürfen herübergenommen worden; wäre der Wortlaut unbeeinflußt und übereinstimmend mit dem anderer Paragraphen, die von den besonderen Gerichtsständen handeln, (z. B. §§ 23 f., 28—32, 34), so hieße der A. 1: das Gericht der Klage ist für Widerklagen zuständig, — wenn Zusammenhang besteht. Das Gericht der Klage als solches natürlich; d. h. allein die Eigenschaft als Vorklagegericht verschafft einem Gericht die Zuständigkeit für die Widerklage, wenn die Bedingungen in A. 1 und 2 erfüllt sind; also ohne daß die Zuständigkeit schon aus einem anderen Grunde (§§ 12—32, 34, 36, 38) erfolgte. Es wird eben der besondere „Gerichtsstand der Widerklage" wirksam, wenn die Bedingungen erfüllt sind. § 33 sagt also: Ein Widerkläger kann sich, soweit nicht die Voraussetzungen in A. 1 und 2 gegeben sind, nicht darauf berufen, daß für seinen Gegenanspruch das Gericht deshalb zuständig sei, weil die Vorklage dort anhängig ist. Soweit er dagegen den besonderen Gerichtsstand nicht geltend macht, hat ihm § 33 keine Bedingungen zu stellen. „Bei dem Gericht der Klage" heißt somit: „im Gerichtsstand der Widerklage". Nur wenn der Widerkläger mangels anderweit begründeter Zuständigkeit diesen besonderen Gerichtsstand geltend machen müßte, müssen jene Bedingungen erfüllt sein[66]).

Gehörten aber diese Voraussetzungen oder auch nur die erste[67]) zum Wesen der Widerklage, also schlechthin überall zu ihrer Zulässigkeit, so wäre der ganze Bedingungssatz des

66) Vgl. Löning a. a. O. S. 61 f.

67) Eine Trennung des Anwendungsgebietes der Bedingungen in A. 1 und 2 nimmt z. B., ohne logische, sondern nur mit praktischer Begründung, um nämlich dem oben beschriebenen Widerspruch mit den §§ 614—616 usw. auszuweichen, v. Seuffert vor, 2e zu § 33.

A. 1 überflüssig: diese Bedingung läge ja dann implicite in dem Begriff Widerklage, mit dem im Hauptsatz operiert wird. Der Bedingungssatz würde also nur an eine Voraussetzung der Widerklage explikativ erinnern und bedeuten: natürlich nur, wenn Konnexität besteht, die ja immer nötig ist. Das wäre aber Schülerbelehrung und gleichfalls bedenklicher Pleonasmus. Aber zum ersten und einzigen Male, konstitutiv, jene Voraussetzung als allgemein bindend einzuführen, dazu wäre dieser Ort, wo doch nur die durch einen besonderen Gerichtsstand privilegierte Widerklage in Rede steht, wahrlich schlecht gewählt. Nur auf dem Prokrustesbett unklarer praktischer Bedenken[68]) wird jene Bedingung zur Widerklagevoraussetzung gedehnt.

Der A. 2 aber will sagen: die Regel des A. 1 erleidet eine Ausnahme, d. h. Widerklage im besonderen Gerichtsstand der Widerklage ist ausgeschlossen, wenn die Zuständigkeit dieses Gerichtes für den Gegenanspruch nicht nur gesetzlich nicht gegeben ist[69]), sondern auch durch Vereinbarung nicht begründet werden könnte.

Soweit die Argumentation aus dem Wortlaut. Zwei Einwände, die unserer Auffassung entgegengehalten werden möchten, sind leicht zum Schweigen zu bringen. Man könnte nämlich sagen, daß der Beklagte in der Geltendmachung seiner Rechte in einem und demselben Prozeß gegenüber dem Kläger wesentlich begünstigt sei, wenn er sogar rechtlich ganz unverbundene Ansprüche klageweise vorbringen darf. Aber steht er besser als der Kläger? Keineswegs; auch dieser kann ja nach § 260 nicht zusammenhängende

68) Vgl. bei Anm. 59.

69) im Gegenteil darf gesetzliche Zuständigkeit aus §§ 12—32, 34, 36 gar nicht gegeben sein, wenn der Gerichtsstand der Widerklage wirksam werden soll. Er ist nur Reserve. — Vgl. die nicht sehr beweiskräftige, aber scharfsinnige Erörterung des Zusammenhangs von A. 1 u. 2 bei Löning S. 60 f., und die offenbar auf einem Mißverständnis beruhende Polemik Kleinfellers S. 43 f., die zur gleichen Behauptung führt: auch A. 1. handelt von dem an sich d. h. wenn der Gegenanspruch in einer gewöhnliche Klage erhoben würde, unzuständigen Gericht. Dazu Löning a. a. O. S. 62 f.

Ansprüche geltend machen[70]). Ist hier die Konnexität kein absolutes Erfordernis zur Verbindung und gleichzeitigen Verhandlung — und diese soll ja der Regel nach durch Klagehäufung sowohl wie durch Widerklage herbeigeführt werden — so liegt es wohl nicht im Sinne des Gesetzes, sie dem Beklagten zur Erhebung der Widerklage als conditio sine qua non aufzubürden.

Und damit kommen wir zum zweiten Einwand: Ist es denn zweckmäßig, bringt es nicht viel mehr Verwirrung in unser mündliches Verfahren, rechtlich unverbundene Ansprüche zu gemeinsamer Verhandlung zuzulassen?

Wenn nun § 260 dies ausdrücklich erlaubt, so wird sich der Gesetzgeber den Fall wohl ernstlich überlegt haben. Er hat sich ja auch ein Sicherheitsventil angeschafft: § 145 A. 1 und 2 gibt dem Gericht die Befugnis, keineswegs aber die Vorschrift, derartige unverbundene Klagen (bei Klagehäufung) oder Anspruch und Gegenanspruch (bei Widerklage getrennt zu behandeln. Wenn also „Verwirrung" einzureißen droht, so kann sich das Gericht salvieren.

Und das sei unser letztes Argument für die Behauptung, daß es auch nichtkonnexe Widerklagen gibt: § 145 A. 2 spricht ja ganz unbefangen von Widerklagen, deren Anspruch „mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch nicht in rechtlichem Zusammenhang steht". Hier den rechtlichen Zusammenhang im Gegensatz zum gewöhnlichen in § 33 zu betonen, wurde zwar auch versucht[71]), ist aber unfruchtbar und ein gefährlich Ding; siehe darüber unten bei Anm. 75.

Freilich läßt ja § 33 auch Konnexität mit Verteidigungsmitteln genügen. Aber es ist doch keineswegs anzunehmen, daß in § 145 A. 2 gerade an einen solchen Fall gedacht ist. Einmal nämlich würde eine solche Auslegung ein nicht unbedeutendes Mißtrauensvotum in das Vermögen des Gesetz-

70) Wenn auch nur gleichzeitig; doch ist diese Beschränkung nicht derart wichtig und begriffsverändernd, wie Kleinfeller a. a. O. S. 45 f. meint.

71) Wenigstens kurz berührt von Kleinfeller a. a. O. S. 50.

gebers, sich klar auszudrücken, in sich tragen: warum sollte eine so geschraubte, negative Form für einen ganz klaren Spezialfall gewählt worden sein, sodaß man ihn erst durch Vergleichung hin und her herauskonstruieren kann. Dann aber ist ja gar nicht einzusehen, warum sich die Trennung in Einzelprozesse (§ 145) empfehlen sollte, wenn der Widerklageanspruch mit den gegen Vorklageanspruch geltend gemachten Verteidigungsmitteln konnex ist: es sind in einem solchen Falle alle drei Elemente innerlichst und organisch miteinander verknüpft.

Es bleibt also dabei, daß § 33 den besonderen Gerichtsstand der Widerklage einführt, eine Voraussetzung der Widerklage aber nicht enthält[72]).

---

72) Uebereinstimmend mit Löning a. a. O. S. 57 ff.; Renaud Z. f. d. CP. 5 S. 53; Fischer Jahrb. f. Dogm. 38 S. 360; Kohler Prozeß als RV. S. 108; Gaupp-Stein (6 u. 7) I zu § 33; Neukamp 2 zu § 33; JLBl. 10 S. 136; OLG. Hamburg S. A. 59, 41; OLG. Dresden Sächs. Ann. 13 S. 246; OLG. Kiel Schl. Holst. Anz. 1901 S. 24; OLG. Marienwerder Rspr. 5 S. 72; RE. 46 S. 424 ff. — AM.: Kleinfeller a. a. O. S. 43 ff.; Wach I 281; Oertmann a. a. O. S. 63; Schmidt S. 899; Hellmann S. 44; Schmidt Z. f. d. CP. 4 S. 375; Lippmann A. f. CPr. 65 S. 416; Eccius Gruchot 39 S. 473; Meyer Z. f. d. CP. 8 S. 453; Seuffert, Struckmann-Koch, Wilm.-Levy, Petersen Reincke zu § 33; OLG. Celle S. A. 37, 337; OLG. Braunschweig S. A. 38, 338; OLG. Köln Rhein. Arch. 91, 1, S. 42; 93, 1, S. 162; OLG. Dresden Rspr. 5 S. 19; OLG. Hamburg Rspr. 1. S. 178; RE. 11, S. 423; 23, S. 397; 27, III. 97 S. A. 52. 201. Nicht folgerichtig handeln einige Vertreter der letztgenannten Meinung, wenn sie das Erfordernis der Konnexität als Widerklagevoraussetzung dem Parteiverzicht gemäss § 295 unterstellen; wenn von der Konnexität die Zulässigkeit der W. in jedem Falle abhängen soll, so ist sie nicht nur „eine das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffende Vorschrift", deren Mangel durch Nichtrüge geheilt werden könnte, muß also von amtswegen geprüft werden. Um aber dem praktischen Ergebnis der hier in § 10 vertretenen Meinung nahezukommen, wurde die erwähnte Inkonsequenz des öftern nicht gescheut: OLG. Karlsruhe S. A. 45, 45; OLG. f. B. S. A. 49, 50; OLG. Cöln Rhein. Arch. 91, 1, S. 142; Kohler Ges. Beitr. S. 70 Anm. 5; Wilm.-Levy 1, Petersen 32, Seuffert 2 e. Den Einwand der Verwirrung durch gemeinsame Verhandlung nicht konnexer Verhältnisse widerlegt letzterer mit § 145 A. 2: die

§ 11. c) Der Gerichtsstand der Widerklage.

Der § 33 privilegiert eine gewissen dort genannten besonderen Voraussetzungen genügende Widerklage mit einem besonderen Gerichtsstand, sodaß für eine solche qualifizierte Widerklage auf andere Weise d. h. durch anderweitige Bestimmungen des Gesetzes ein Gerichtsstand nicht begründet zu sein braucht. In dem gegenwärtigen Abschnitt sollen diese Voraussetzungen jenes besonderen Gerichtsstandes näher betrachtet werden.

Der Gegenanspruch muß „mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang stehen".

In den Entwürfen hieß es noch „in rechtlichem Zusammenhang", wie auch in den §§ 145, 147, 302 des Gesetzes selbst steht. Die Aenderung wurde auf den Antrag des Abg. Dr. Bähr hin beschlossen, welcher bemerkte, daß sein Antrag dem Entwurfe entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke [73]). Ob freilich durch diesen Zwiespalt in der Wortfassung an den betreffenden Gesetzesstellen die Klarheit gefördert wurde, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls aber stehen beide Fassungen für den gleichen Begriff, nämlich für rechtserheblichen Zusammenhang, d. i. Konnexität im Sinne des gemeinen Rechtes [74]).

Man hat zwar den „Zusammenhang", den § 33 fordert, den „tatsächlichen" benannt [75]), ohne den Begriff aber klar herauszuarbeiten und in ausschließenden Gegensatz zum rechtlichen Zusammenhang zu bringen. Ein nur tatsächlicher

---

Widerlegung ist sehr gut, nur wirkt sie folgerichtig gegen ihn selbst und die Meinung, es dürfe keine nichtkonnexe Widerklage geben. Konsequent und abw. von den zuletztgenannten Wach I 476 Nr. 3, Struckmann-Koch 2 a. E., Gaupp-Stein (6 u. 7) IVb Anm. 47.

73) Prot. S. 12.

74) RE. 11 S. 423; 27. III. 97 S. A. 52, 261 30. X. 99 JWs. S. 768; 16. III. 00 eb. S. 389; OLG. Karlsruhe Bad. Z. 5 S. 74; OLG. Dresden Rspr. 5 S. 19; Löning a. a. O. S. 92, Wach I 480 f., Wilm.-Levy 1, Seuffert 2 e, Petersen 29, Gaupp-Stein IV zu § 33.

75) Bes. Struckmann-Koch 2 zu § 33, Kleinfeller a. a. O. vgl. Anm. 71.

kann auch gar keine Rechtswirkung haben, wäre überdies in jeder Widerklage gegeben durch die Identität des Prozeßpaares und des Gerichtes für Vor- und Widerklage.

Doch ist der verlangte rechtliche Zusammenhang nicht nur dann anzunehmen, wenn Leistung und Gegenleistung aus demselben Vertrag in Frage steht[76]) (obwohl dies den Hauptfall bildet), sondern immer wenn die beiden Ansprüche durch die sie begründenden, also rechtserheblichen Tatsachen zusammenhängen: wenn also entweder der eine Anspruch in der Gesamtheit seiner Momente zugleich Tatbestandsmoment für den andern ist, sodaß sie sich gegenseitig bedingen (Präjudizialverhältnis), oder wenn die Ansprüche einzelne Momente gemeinsam haben, die sowohl in den sie erzeugenden Tatsachen als in dem mit ihnen verfolgten Objekte bestehen können. Der Zusammenhang ist also entweder ein „Deszendenz- oder ein Kollateralverhältnis"[77]) zweier Rechtsverhältnisse. Ersteres liegt übrigens nicht nur in dem Präjudizialverhältnis vor, sondern auch dann, wenn mehrere Rechtsgeschäfte derart in einem Vertrage zusammengefaßt sind, daß sie nach dem Willen der Parteien eine innere Einheit bilden und untrennbar sein sollen[78]).

§ 33 spricht des weiteren von einem Zusammenhang des Gegenanspruchs mit den gegen den Vorklageanspruch vorgebrachten Verteidigungsmitteln. Meist wird bei einem solchen Zusammenhang wohl auch Zusammenhang mit dem Klageanspruch selbst vorhanden sein, doch wird er gerade durch jene Erweiterung des Bedingungssatzes ausdrücklich

76) RE. 25 S. 396 (obwohl andrerseits mit dem Ausdruck „tatsächliche Begründung" der Konstruktion des tatsächlichen Zusammenhangs dem Wortlaut nach entgegenkommend); ähnlich 11. V. 86. JWs. S. 226; 22. III. 95. JWs. S. 223; 21. XI. 98. JWs. 1899 S. 3; 17. X. 99. JWs. S. 768; 16. III. 00. JWs. S. 389; OLG. f. B. 14, S. 721; Wach I 481 f.; Planck I 74 Anm. 26; Seuffert a. a. O.; Schmidt S. 857 ff.

77) Worte Lönings S. 93 f. In ersterem folgt die Konnexität aus dem Präjudizialv., was für unsere Betrachtung (§ 12) wichtig wird.

78) Gaupp-Stein a. a. O.; RE. 13. VII. 88 JWs. S. 382; 22. XII. 02 eb. 03, S. 65.

als nicht notwendig festgestellt. Wird nun mit einem Verteidigungsmittel die klägerische Behauptung in ihrer tatsächlichen oder rechtlichen Grundlage nur bestritten, so kann mit ihm ein Gegenanspruch nicht verbunden werden[79]), der Zusammenhang dieses besteht vielmehr mit dem Klageanspruch selbst; ebenso hängt das Verteidigungsmittel, wenn es aus einer dem Klageanspruch entgegengesetzten neuen Tatsache besteht (Hauptfall: prozeßhindernde Einrede), schon mit dem Klageanspruch zusammen[80]), freilich auch mit dem Gegenanspruch, wenn es für diesen zugleich ein Tatbestandsmoment bildet. In diesen Fällen kommt als Zuständigkeitsgrund nicht erst die Konnexität mit dem Verteidigungsmittel, sondern die mit dem Klageanspruch in Betracht. Anders in jenen Fällen, wo mit dem Verteidigungsmittel ein neues Rechtsverhältnis, ein eigener Anspruch, geltend gemacht wird: hier ist es möglich, daß ein Zusammenhang des widerklagenderweise geltend gemachten Gegenanspruchs nur mit dem Verteidigungsmittel besteht und dieser Zusammenhang somit als selbständiger Zuständigkeitsgrund wirksam wird. Dahin gehört vor allem die Verteidigung mit der Aufrechnung[81]); es geht dann der Zusammenhang zwischen Verteidigungsmittel und Gegenanspruch in Identität über, was bei Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch wegen § 263 A. 2 Nr. 1 nicht sein darf. Zusammenhang nur mit dem Verteidigungsmittel besteht ferner dann, wenn die Widerklage wegen eines in einer vorangehenden Einrede schon erhobenen Gegenanspruchs laut wird, etwa zu dessen Sicherstellung oder Durchsetzung[82]).

Das Gesetz spricht von „vorgebrachten Verteidigungsmitteln", abweichend vom Wortlaut des Entwurfes, welcher verlangte, daß der Gegenanspruch „auch als Einrede geltend

79) Vgl. Seuffert a. a. O. Das bestreitet auch Löning nicht, wie Seuffert anzunehmen scheint.

80) Vgl. Löning a. a. O. S. 96.

81) RE. 22. VI. 88. JWs. S. 305; OLG. f. B. 14. X. 91 S. A. 47, 151; OLG. Colmar Puchelt 33 S. 605.

82) Vgl. RE. 17. XII. 02 JWs. 1903, S. 45 f.

gemacht werden könnte", also die soeben (bei Anm. 81) erwähnte Identität. Durch diese gleichfalls auf den Antrag Bähr (siehe bei Anm. 73) zurückzuführende Aenderung wurden überaus erhebliche, in ihrem Umfang bestrittene Neuerungen eingeführt. Der Entwurf verlangte materielle Identität zwischen Gegenanspruch und Einredeanspruch, ferner gerade eine Einrede im engeren Sinn, und die Möglichkeit der (gültigen) Geltendmachung, d. h. ihre materielle Berechtigung ohne die Tatsache der vorangehenden Erhebung durch Einrede. Das Gesetz beansprucht nur Zusammenhang, irgend ein Verteidigungsmittel und die Tatsache des Vorgebrachtseins. Während die ersten beiden neuen Erfordernisse klar und zweckmäßig erscheinen, ist Litteratur und Judikatur bezüglich der letzten in zwei Lager gespalten. Einig ist man darüber, daß das vorgebrachte Verteidigungsmittel prozessualisch zulässig sein muß. Eine nach §§ 279, 354 zurückgewiesene oder ausgeschlossene Einrede gilt nicht als vorgebracht[83]). Dagegen herrscht Streit, ob das Verteidigungsmittel wirklich nur, wie der Wortlaut angibt, vorgebracht oder ob es außerdem materiellrechtlich begründet sein muß. Nach der ersten Auffassung könnte jeder Beklagte eine Widerklage in Zusammenhang mit einem Verteidigungsmittel bringen, da er nur irgend ein solches gewissermaßen aus der Luft zu greifen und, ohne einen materiellen Untergrund aufzuzeigen, zu erheben brauchte, um eine Widerklage daran zu knüpfen: das ginge doch zu weit: denn ohne inneren Grund würde dem Beklagten das Gerichtsstandsprivileg der Widerklage zuteil. Der Text scheint also, so lehrt uns die ratio legis, die materielle Zulässigkeit der Verteidigung als selbstverständlich vorauszusetzen[84]) und mit dem Vorgebrachtsein nur

83) z. B. Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Löning S. 95, Wach I 483 Anm. 33.

84) Uebereinstimmend RE. 23, S. 396; 12. V. 91 JWs. S. 130; 6. VII. 94 Gruchot 38 S. 1174; 27. III. 97 S. A. 52, 261; OLG. f. B. Bl. f. RA. 60, S. 174; OLG. Stuttgart Württ. Jb. 3, S. 189; OLG. Hamburg Hans. Ger. Z. 15 S. 53 ff.; 21, S. 23, 275; Wilm.-Levy 1;

den Gegensatz zum Entwurf zu betonen, der nur die abstrakte Qualifikation zur Verteidigung, nicht die Tatsache des Vorgebrachtseins beanspruchte. In diesem dritten abgeänderten Punkte war also der Entwurf laxer, in den beiden ersten strenger als das Gesetz.

Andererseits ist die Konnexität schon hergestellt, wenn der Kläger die Gegenforderung von seinem Anspruch bereits abgezogen hat, ohne daß von seiten des Beklagten Kompensationseinrede nötig wäre; das Verteidigungsmittel ist gleichwohl zur Sprache gebracht[85]).

Für die Widerklage aus dem Rechte gegenüber der Besitzklage, sofern das Gerichtsstandsprivileg angerufen wird, werden wir folgerichtig ebenfalls das Erfordernis der materiellen Begründetheit des Rechtes aufrecht erhalten, während diese natürlich ebensowenig wie die auf ihr basierende Konnexität zu einer solchen Widerklage nötig ist, deren Zuständigkeit am Vorklagegericht anderweit begründet ist (vgl. oben bei Anm. 32).

Soviel von der Konnexität. Die weitere Bedingung[86]) des Gerichtsstandes der Widerklage in A. *2* des § 33 ist negativ gefaßt: es darf sich in der Widerklage nicht um

Petersen 31, Kleinfeller S. 51, Meyer Z. f. d. CP. 8 S. 456; Schmidt S. 861, Seuffert *2* e, Gaupp-Stein IV, Planck § 19, Anm. 25. — AM Löning S. 95 f., Wach I 482 f. Anm. 29 u. 33, Struckmann-Koch Anm. 2, Endemann I, 291; OLG. f. B. 28. III. 92 S. A. 48, 63; RE. in JWs. 1894 S. 8. Zweideutig RE. in JWs 1888 S. 305.

85) Vgl. RE. 11. IV. 93 S. A. 49, 51. AM Seuffert *2* e.

86) Kleinfeller a. a. O. S. 57 ff. nennt sie kurz „Möglichkeit der Vereinbarung, ähnlich Löning a. a. O. S. 98 „Zulässigkeit der Prorogation". Doch ist damit nicht die Bedingung selbst bezeichnet, da ja der Gerichtsstand der Widerklage nicht prorogiert wird, sondern gesetzlich gegeben ist, also auch der Voraussetzung der Prorogation nicht als solcher Bedarf. § 33 A. *2* enthält vielmehr nur diejenige Bedingung zum gesetzlichen besonderen Gerichtsstand, die auch zu einem andern Erfolge, nämlich der Möglichkeit der Vereinbarung nötig ist. Wenn die Bedingung zu a (Gerichtstand der W.) und die zu b (Möglichkeit der Vereinbarung) die gleiche ist (Erfordernis anderer als der in § 40 A. *2* genannten Ansprüche), so ist nicht auch b (selbst) gleich der Bedingung zu a.

solche Ansprüche drehen, für deren klageweise Geltendmachung die Zuständigkeit des Vorklagegerichts auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können. Was das für Ansprüche sind, sagt § 40 in A. 2: nicht vermögensrechtliche und solche, für die ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Ein Widerkläger, der solche Ansprüche geltend machen will, hat also niemals das Privileg des Gerichtsstandes der Widerklage. Er kann sie nur erheben, wenn für sie das Gericht der Vorklage schon anderweit zuständig ist; für die zweite Kategorie dieser Ansprüche muß also ihr ausschließlicher Gerichtsstand gerade am Vorklagegericht begründet sein.

Zu den nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen gehören die Ehesachen (die aber zugleich unter die zweite Kategorie fallen), die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern und Entmündigungsklagen (teilweise gleichfalls zugleich zur zweiten Kategorie gehörend).

Ein ausschließlicher Gerichtsstand ist bestimmt in CPO. § 25 („Dinglicher Gerichtsstand", der Hauptfall), ferner in §§ 584, 606, 648, 665, 676, 679, 680, 684, 686, 689, 802 (722, 731, 767, 768, 771, 796, 797, 800, 805, 879, 887—893, 925, 927), 1005.

Gerichtsstand heißt in der CPO. überall soviel wie die Beziehung einer Person oder Sache zu einem Gericht, die durch den Ort dieser Person oder Sache geschaffen und charakterisiert ist; so wird der Gerichtsstand z. B. nach §§ 13 und 16 wörtlich durch einen Ort bestimmt; nach §§ 20—34 wird durch eine örtliche Beziehung „Zuständigkeit" begründet, was doch, da der ganze Titel vom Gerichtsstand handelt, soviel heißt wie Wirksamkeit des Gerichtsstandes.

Wir werden daher auch in § 40 A. 2 unter Gerichtsstand nur die örtliche Zuständigkeit begreifen[87]. Ueber die ausschließliche sachliche Zuständigkeit siehe unten § 13.

87) Vgl. Kleinfeller a. a. O. 58ff. Loning a. a. O. S. 105 und Seuffert 2 zu § 40; anders die noch herrschende Meinung, be-

§ 12. d) Gerichtsstand des Sachzusammenhangs.

§ 280 der CPO. bestimmt für Präjudizialfeststellungsklage und -Widerklagen einen besonderen Gerichtsstand, den man Gerichtsstand des Sachzusammenhangs genannt hat[88]). Denn allein auf § 280 gestützt, kann der Kläger durch Klageerweiterung, der Beklagte durch Widerklage einen Anspruch am Hauptklagegericht verfolgen, für den auf keine andere Weise an diesem Gericht örtliche Zuständigkeit begründet ist. Dahin sprechen sich auch die Motive aus, die (zu §§ 33, 280 der CPO. und § 448 des III. Entwurfes) ausdrücklich von einem in § 280 geschaffenen, das forum reconventionis erweiternden selbständigen Gerichtsstand des Zusammenhangs reden. Es ist kein stichhaltiger Einwand dagegen, daß § 280 nicht im Titel Gerichtsstand stehe, daher auch keinen besonderen Gerichtsstand regeln könne[89]).

Es interessiert uns hier natürlich nur der Fall, wo die Widerklage aus dem § 280 ein Gerichtsstandsprivileg bezieht. Wann ist er gegeben?

So oft der Beklagte Widerklage auf Feststellung eines im Laufe des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses erhebt, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites abhängt: kurz, für Inzidentfeststellungswiderklagen ist ohne weiteres das Gericht des Hauptprozesses Gerichtsstand, d. h. örtlich zuständig.

Nun fragt es sich allerdings, ob denn dieser aus § 280 konstruierte Gerichtsstand des Zusammenhangs, zumal für die Widerklage, ein selbständiges Dasein führt, und nicht vielleicht durch die Organe eines anderen atmet und lebt, etwa des for. prorog. oder des for. reconv. In der Tat

sonders Gaupp-Stein II 2 zu § 40, Struckmann-Koch, Wilm.-Levy, Keller, Kom. zu GVG, Kleiner S. 217.

88) Vgl. Planck I 77 Anm. 16, Seuffert 6b zu § 280, Oertmann a. a. O. S. 42, Struckmann-Koch 2, v. Bülow Anm. 2, Fitting, Gaupp-Stein III 2b zu § 280. Dagegen besonders Wach S. 488 und A. f. c. P. 62 S. 400 ff., Petersen (4) Anm. 5, Löning a. a. O. S. 100 ff., Wilm.-Levy Anm. 2.

89) Widerlegung des Einwandes s. Oertmann a. a. O.

richtet sich darauf das Hauptbedenken der Gegner[90]) unseres forum connexitatis, welche nachzuweisen suchen, daß durch das Präjudizialverhältnis jederzeit auch die Konnexität im Sinne des § 33 enthalten sei und deshalb ein besonderer Gerichtsstand des Zusammenhangs niemals wirksam werden könne. Da muß freilich zunächst zugestanden werden, daß in allen Fällen, wo Präjudizialität besteht, auch Konnexität gegeben ist[91]), wie wir auch oben (bei Anm. 77) das „Deszendenzverhältnis", die eine Erscheinungsform der Konnexität, durch Präjudizialität begründet sein ließen. Aber die Folgerung, die daraus gezogen wurde, ist meines Erachtens unrichtig. Wenn auch die Konnexität ein Ausfluß des Präjudizialverhältnisses ist, so ist doch deswegen nicht erst die Konnexität, sondern unmittelbar die Präjudizialität laut § 280 der Kompetenzgrund eines besonderen Gerichtsstandes. Aus der Präjudizialität fließen zwei sich gleichgeordnete Wirkungen: Konnexität (Deszendenzverhältnis) und Gerichtsstandprivileg nach § 280. Wenn aus *a* gleichzeitig *b* und *c* folgen, so folgt deshalb nicht *c* aus *b*. Anders gefaßt: in § 33 wird die Konnexität als formales Erfordernis aufgestellt — in § 280 die Präjudizialität, und die Konnexität ergibt sich nur nebenbei und unerheblich, wenn auch notwendig, gleichzeitig mit dem Gerichtsstandprivileg aus der Präjudizialität[92]). Gegen eine solche Argumentation möchte wohl der Praktiker auftreten und der nimia subtilitas spotten, da ja die beiden Ansichten zur gleichen prakti-

90) Vgl. Löning a. a. O. S. 17 f., S. 99 f.

91) AM Oertmann a. a. O. S. 61 f. In dem dort gegebenen Beispiel wo jemand auf Herausgabe eines Grundstückes verklagt ist und nach § 280 Widerklage auf Feststellung dahin erhebt, daß der Kläger Haussohn und das Gut Adventizgut sei, handelt es sich m. E. ebenfalls um einen Gegenanspruch (ohne den eine Widerklage gar nicht zu denken ist, also auch nicht die des § 280, wenn man die merkwürdige Ansicht Wendts in A. f. c. Pr. Bd. 70 S. 39 nicht teilen will); und zwar scheint mir, eben weil er den klägerischen Anspruch (durch die Gesamtheit seiner Momente) bedingt, eine Konnexität im Sinne des § 33 vorzuliegen.

92) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 61 b.

schen Wirkung führen. Aber wenn auch zugestanden werden muß, daß, wenn § 280 nicht vorhanden wäre, die Widerklage mit einem Tatbestand, mit dem sie sich nach § 280 ein Gerichtsstandsprivileg erwirbt, auch nach § 33 indirekt ein solches erwerben würde, so ist eben umgekehrt zu sagen, daß auch, wenn § 33 nicht vorhanden wäre, dennoch aus der Präjudizialität ein besonderer Gerichtsstand hervorgehen würde. § 33 und 280 haben also nichts mit einander zu tun, verleihen nur beide für die Widerklage ein Gerichtsstandsprivileg; aber das ist im logischen (wenn auch nicht praktischen) Sinne Zufall. Die oben erwähnte Vertauschung des gleichgeordneten mit dem übergeordneten Verhältnis gehört jedenfalls nicht in eine reinliche theoretische Konstruktion, und es war dieser bisherige Abschnitt nicht überflüssig, da direkt nach § 280 Widerklagen zulässig sind, für welche sich die örtliche Zuständigkeit weder aus den für jede Klage gegebenen Kompetenzgründen (allgemeiner und besonderer Gerichtsstand) noch auch unmittelbar aus dem in § 33 geschaffenen besonderen Gerichtsstand der Widerklage ergibt.

Aber so sehr nun die hier vorgetragene Anschauung auf den ersten Blick von nur theoretischer Bedeutung ist, so erheblich in praktischer Beziehung wird sie, sobald wir die Konsequenzen ziehen. Das forum reconventionis des § 33 hängt ja, wie wir uns erinnern, noch an einer zweiten Bedingung, an jener des A. 2. Aber ebensowenig wie diejenige des A. 1 (Konnexität) gilt auch diese zweite Bedingung nicht für die Präjudizialwiderklage. Das heißt: sowohl die nichtvermögensrechtlich wie die an einem ausschließlichen Gerichtsstand zu verfolgenden Ansprüche können, sobald sie präjudiziell sind, am Gericht des Hauptprozesses durch Widerklage geltend gemacht werden.

Von den nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen kommen nur in Betracht die Feststellungsklagen auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kinder. Die Entmündigungsklagen sind, auch wenn für

sie kein ausschließlicher Gerichtsstand (wie für die Wideraufhebung der E.) angeordnet ist, nicht hierher gehörig, da sie niemals Feststellungsklagen sind[93]) und § 280 nur solche im Sinne hat. Die Ehefeststellungsklagen endlich enthalten ohne Ausnahme solche Ansprüche, die gleichzeitig zur Kategorie der an einen ausschließlichen Gerichtsstand gebundenen Ansprüche gehören.

Während nun die in Anm. 88 genannten Gegner des forum connexitatis von vornherein auch die Zulässigkeit der Inzidentwiderklage an einem anderen Gericht, als an dem für sie eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit begründet ist, leugnen, bestreiten diese teilweise auch diejenigen Schriftsteller, die den Gerichtsstand des Zusammenhangs anerkennen[94]) und für die nichtvermögensrechtlichen Klagen trotz § 33 A. 2 auch wirksam werden lassen[95]). Daß die letzteren die Konsequenz, dem § 33 A. 2 überhaupt keinen Einfluß auf die Widerklage des § 280 einzuräumen, nicht ziehen, erklären sie hauptsächlich daraus, daß die Bestimmungen über ausschließliche Gerichtsstände im öffentlichen Interesse getroffen seien und überall gelten müßten, auch wenn nicht besonders auf sie verwiesen werde. Bei näherem Zusehen ist das kein stichhaltiger Grund; diese öffentlichen Rücksichten werden eben, wie Hellmann bemerkte, durch andere, gleichwertige öffentliche Rücksichten durchkreuzt: in den Kommissionsberatungen war seinerzeit des öfteren davon die Rede, daß man mit diesem § 280 den Parteien ein

93) Wird incidenter Feststellung dahin beansprucht, daß Entmündigung bestehe oder nicht bestehe, so ist in der Form eine tatsächliche Behauptung aufgestellt, deren Richtigkeit festgestellt werden soll; man wird sich zwar daran nicht stoßen, daß das Petitum wörtlich betrachtet den Anforderungen des § 280 nicht genügt (vgl. Oertmann a. a. O. S. 21 f.) und einen solchen inkorrekten Parteiantrag umdeuten; aber das Recht, das in Wahrheit festgestellt werden soll, ist in einem solchen Falle ein vermögensrechtliches etwa die Freiheit von Haftung.

94) Seuffert 6b, Planck I § 19 Anm. 22, Sarwey S. 384.

95) Gaupp-Stein III 2b, Kleinfeller S. 73, Kleiner II S. 89 ff., Puchelt II S. 49.

Aequivalent bieten wollte für die verworfene Rechtskraft der Entscheidungsgründe[96]; die Einheit des Prozesses sollte möglichst begünstigt und der Mehraufwand an Zeit und Kosten durch eine Zerreißung des Prozeßstoffes tunlichst vermieden werden. Uebrigens ist es um die Wahrung des „öffentlichen Interesses", des Schiboleth der Gegner, auch in ihrem eigenen Lager nicht gut bestellt: der Inzidentpunkt wird ja doch zunächst vom Gericht des Hauptprozesses untersucht und zur Grundlage der Entscheidung gemacht, auch wenn er vor ein anderes, örtlich ausschließlich zuständiges Gericht gehört. Ob nun das Hauptprozeßgericht über das ihm an sich fremde Rechtsverhältnis selbst entscheiden darf, oder ob „nur" über das von ihm und seiner Beurteilung abhängige, berührt wahrlich das öffentliche Interesse nicht. Das öffentliche Interesse verlangt vor allem die Förderung der Rechtssicherheit und des Rechtsbewußtseins im Volk; und diesem Zwecke dient man vor allem, wenn man der Gefahr widersprechender Entscheidungen zweier Gerichte über dieselbe Frage soviel wie möglich aus dem Wege geht. Oertmann wies darauf hin, wie nahe diese Eventualität für die Gegner liegt, ja daß sie eigentlich damit rechnen müssen, wenn ihre Ansicht ein praktisches Ergebnis haben soll.

Auch eine Wortlautinterpretation führt uns nicht dahin, die in § 33 gegebenen Bedingungen für § 280 gelten zu lassen. Unmöglich ist die Konnexität als solche eine Voraussetzung der Widerklage des § 280; warum sollte dann plötzlich der A. 2 des § 33 aus der Versenkung auftauchen und dem § 280 das Leben sauer machen? Auch die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen legt Zeugnis davon ab, daß die Präjudizialität als solche in uneingeschränkter Hoheit das Prozeßgericht für inzidente Rechtsverhältnisse zuständig machen soll: abgesehen von den Motiven (S. 63, 227) besonders der § 196 des Nordd. Entwurfs, welcher kategorisch bestimmte: das Präjudizialverhältnis „ist in

96) Vgl. dazu Oertmann a. a. O., s. 55; zum folgenden S. 50 bis 56.

demselben Prozeß durch richterliche Entscheidung festzustellen", wenn der Beklagte durch Widerklage darauf anträgt. Widerklage aber bedeutet zunächst nichts weiter als die Verfolgung eines Gegenanspruchs des Beklagten gegen den Kläger vor demselben Gericht. Wenn Löning unter „Widerklage" im § 280 eine solche mit den Kompetenzerfordernissen des § 33 versteht, so ist das von seinem Standpunkt zwar konsequent, da für ihn die Präjudizialwiderklage nichts anderes als eine mit dem forum reconventionis privilegierte Widerklage darstellt und daher auch für sie deren Voraussetzungen (§ 33) notwendig sind. Nach unserer Anschauung bezieht die Widerklage des § 280, wie im ersten Teile dieses Abschnittes (bei Anm. 92) nachgewiesen wurde, ihr Gerichtsstandsprivileg aus § 280 selbst; wir haben es also nicht mit der besonderen „konnexen" Widerklage als solcher, darum auch nicht mit ihren Bedingungen und Beschränkungen zu tun.

Wenn endlich § 506 für den Fall, daß die sachliche Kompetenz des Prozeßgerichtes für die Entscheidung des Präjudizialverhältnisses nicht ausreicht, die Verweisung des ganzen Rechtsstreites ans höhere Gericht anordnet, so liegt darin ohne Zweifel die Fürsorge für die Einheit der Behandlung. Wenn dies aber im § 506 ausdrücklich, also ausnahmsweise besonders bestimmt wird, so folgt daraus, daß der Gesetzgeber diese Nachhilfe nur hier für nötig hielt, während sich die einheitliche Behandlung in allen übrigen Fällen von selbst versteht. Das Gesetz verfolgt ja mit der ganzen Widerklage nichts anderes als eine Vereinheitlichung des Verfahrens; wo es also nicht selbst mit positiven Vorschriften aus anderweitigen Rücksichten abweichend bestimmen muß, dürfen wir nicht mit einer gewagten Analogieinterpretation die ratio legis in den Ruf bringen, sie sei sich selbst untreu geworden.

§ 13. e) Sachliche Zuständigkeit.

Es wurde oben in § 9 gesagt, daß die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichtes wie für jede Klage, so

auch für die Widerklage vorhanden sein müsse, und daß sie für diese im allgemeinen auf die gleiche Weise wie für die gewöhnliche Klage zustande komme. Wir fanden weiter in den §§ 11 und 12, daß die Widerklage unter gewissen Voraussetzungen begünstigt wird in der Erlangung eines Gerichtsstandes, d. h. der örtlichen Zuständigkeit.

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit aber gilt für die Widerklage kein Privileg: sie erwirbt sie nur auf dem gleichen Wege wie jede Klage, also nach dem ersten Titel der CPO. und den Bestimmungen des GVG. (besonders §§ 23 und 70), und nach dem dritten Titel der CPO. (§§ 38 bis 40), der von der Vereinbarung über die örtliche und sachliche Zuständigkeit handelt.

Es wird nun oft der Fall eintreten, daß bei Widerklageerhebung das Gericht der Vorklage für den Widerklageanspruch sachliche Zuständigkeit nach jenen Bestimmungen nicht besitzt; deshalb würde an sich bedauerlich oft eine gemeinsame Behandlung von Anspruch und Gegenanspruch unmöglich sein, da ja auch unter den Voraussetzungen der §§ 33 und 280 nur die örtliche und nicht die sachliche Zuständigkeit sich von der Vorklage auf die Widerklage ausdehnt[97]). An sich würde also die Widerklage von dem Vorklagegericht abgewiesen und, wenn der Widerkläger darauf anträgt, an das sachlich zuständige Gericht (nach §§ 276 bezw. 505 CPO.) verwiesen werden müssen. Jedoch hat das Gesetz ein Mittel gegeben, die darausfolgende Trennung des Prozeßstoffes zu vermeiden, ohne für die Widerklage eine besondere Art sachlicher Zuständigkeit einzuführen.

Wird nämlich in einem bei einem Amtsgericht anhängigen Prozesse eine Widerklage erhoben, die nach ihrem Anspruch (gemäß § 70 GVG.) vor ein Landgericht gehört, und ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung wegen § 40 A. 2 CPO. nicht zulässig, so ist das Amtsgericht inkompetent, und nach § 505 wäre höchstens, d. h. auf Antrag des Widerklägers, Verweisung ans Landgericht

97) AM. Sarwey I S. 20, 74 und Hellmann I S. 147.

möglich, während der Vorprozeß beim Amtsgericht anhängig bliebe. § 506 schafft hier Remedur: in einem solchen Falle hat nämlich auf Antrag irgend einer Partei, soweit er vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache gestellt wird, durch das Amtsgericht Verweisung des ganzen Rechtsstreits an das Landgericht zu erfolgen. So bleibt die Einheit der Behandlung gegeben. Wie also in §§ 33 und 280 das Vorklagegericht seine örtliche Zuständigkeit auf die Widerklage ausdehnt, so wird umgekehrt durch § 506 die Kompetenz des für die Widerklage sachlich zuständigen (neuangerufenen) Gerichtes auf den Vorklageanspruch ausgedehnt. Voraussetzung ist natürlich, daß die Widerklage prozessual zulässig ist; denn nur dann kann sie verwiesen werden. § 505 bleibt deswegen trotzdem in Kraft: der Antrag auf Verweisung der Widerklage allein ist nach § 5 nur dem Widerkläger möglich, aber auch nicht an die Schranken des § 506 gebunden; d. h. auch wenn er nach erhobener Widerklage in dieser oder der Vorklage zur Sache selbst verhandelt hat, kann er, wenn wegen Nichtverhandelns des Widerbeklagten auch nach § 39 das Gericht für die Widerklage nicht zuständig und die Unzuständigkeit ausgesprochen wird, immer noch nach § 505 erfolgreich auf Verweisung der Widerklage allein antragen. Wird der Antrag nach § 506 nicht gestellt, so ist dem Widerkläger stets jener nach § 505 möglich; wird dagegen vom Widerbeklagten nach § 506 Verweisung des ganzen Rechtsstreites, vom Widerkläger nach § 505 Verweisung der Widerklage allein beantragt, so ist letzterer abzuweisen; damit ist ja auch der Zweck des Instituts, die einheitliche Behandlung, am nachdrücklichsten gefördert [98]).

Wird weder nach § 506 noch nach § 505 Verweisung beantragt, so kann natürlich der Widerbeklagte die Einrede der Unzuständigkeit allein, ohne Verweisungsantrag, erheben. Sowohl dann als bei unzulässiger Prorogation muß das Gericht von sich aus seine sachliche Unzuständigkeit aus-

98) Vgl. Löning a. a. O. S. 106 f. Gaupp-Stein III, S. 5.

sprechen. Das letztere ist zwar nicht unbestritten[99]) und wird damit zu widerlegen gesucht, daß § 506 dem Parteiantrag wörtlich 1) die Unzuständigkeitserklärung, 2) die Verweisung folgen läßt. Die bei weitem herrschende Meinung[100]) legt den Nachdruck auf die Verweisung; die Inkompetenzerklärung geht ihr notwendig vorher und ist in § 506 nur erläuternd erwähnt. Nur die Verweisung ist vom Parteiantrag bedingt; die Erklärung der Inkompetenz hat von amtswegen zu erfolgen, sobald eine Vereinbarung (§ 39) unmöglich ist.

Diese Unmöglichkeit tritt wieder in den uns bekannten Fällen des § 40 A. 2 ein; dazu noch in folgenden:

Es gibt auch eine „ausschließliche sachliche Zuständigkeit" der Landgerichte, nämlich in § 70 A. 2 u. 3 GVG. Schon oben (§ 11 a. E.) wurde gesagt, daß sie nicht unter § 40 A. 2 fallen kann. Ist nun über eine solche Ausschließlichkeit der sachlichen Zuständigkeit hinweg Prorogation möglich, oder hat das Gericht ex officio die Verletzung der Ausschließlichkeit zu verhindern? Die erstere Möglichkeit wird durch §§ 70 vbd. 23 GVG. selbst vernichtet. Diese Paragraphen grenzen sich gegenseitig ab: § 70 A. 1 überträgt alles, was nicht nach § 23 dem Amtsgerichte zufällt, dem Landgericht, dazu A. 2 und 3 noch einige besondere Fälle: an diese gesetzliche Stoffverteilung ist der Kläger bezw. Widerkläger von vornherein gebunden. Hier besteht schon Ausschließlichkeit, wenn sie auch durch Prorogation, durch Nichtrüge im allgemeinen ihre Wirkung verliert. Wenn nun aber A. 2 und 3 die „ausschließliche" Zuständigkeit der Landgerichte für besondere Fälle wörtlich bestimmt, so will das heißen, daß hieran unter keinen Umständen gerüttelt werden darf (wie auch die Motive zum GVG. S. 93 erklären: um Revision zu ermöglichen über jene öffentlich interessierenden Streitsachen[101]). Also auch hier

99) Vgl. Baron i. Z. f. d. CP. 1 S. 30 ff. und Hellmann II, S. 70 ff., 376 f.

100) Vgl. bes. Löning a. a. O. S. 107 ff., Oertmann a. a. O. S. 45 ff., Petersen in Z. f. d. CP. 2 S. 190 ff.

101) Vgl. Kleinfeller a. a. O. S. 59.

Unzuständigkeitserklärung von amtswegen und im Falle eines Antrages Verweisung an das Landgericht.

Aber der Verweisung kann unter Umständen noch ein Hindernis im Wege stehen. Wie nämlich, wenn für die Widerklage nicht nur ein Landgericht, sondern ein örtlich bestimmtes Zuständigkeit besitzt und dieses bestimmte nicht gerade mit dem vorgesetzten Landgericht zusammenfällt? (z. B. §§ 645 vbd. 665). Denn daß das Amtsgericht überhaupt nur an das vorgesetzte Landgericht verweisen kann, geht deutlich aus Sinn und Wort des Gesetzes hervor[102]). Wenn in einem solchen Falle das Landgericht weder durch Vereinbarung noch durch Konnexität örtlich zuständig werden kann (§ 40 A. *2*, § 33 A. *2*), so ist im allgemeinen die Verweisung zwecklos und nicht gegeben; nur für die Präjudizialwiderklage, die die Beschränkung des § 33 A. *2* nicht zu fürchten braucht, ist die örtliche Zuständigkeit belanglos: das Landgericht, an das verwiesen wird, ist dann mit dem forum connexitatis ausgestattet, an dessen Macht sich § 33 bricht; weder auf Antrag des Widerbeklagten noch von amtswegen wird dem Landgericht die Zuständigkeit vorenthalten werden können (s. o. § 12).

Betrachten wir noch kurz den Fall, daß gegen eine Vorklage am Landgericht eine Widerklage erhoben wird, die eigentlich ihrem Gegenstande nach an einem Amtsgericht erhoben werden müßte. Das Gesetz hat für diesen Fall nichts bestimmt, und mit Recht. Geht es doch ohnehin deutlich hervor, da ein Gegenstück zu § 506 fehlt. Das Gesetz hält offensichtlich das Landgericht für fähig, eine gültige Entscheidung über einen amtsgerichtlichen Anspruch zu fällen: eine solche kann laut § 10 nicht angefochten werden; eine Beschränkung des ursprünglichen Anspruchs (z. B. von M. 310 auf M. 290) ist nach § 268 No. *2* nicht einmal Klageänderung, noch viel weniger ist eine dem § 506 entsprechende Vorschrift über Verweisung bestimmt. Somit dürfen wir, ohne zu viel Kühnheit behaupten: das Landgericht ist auch für den an sich amtsgerichtlichen Anspruch

102) AM. nur Petersen II S. 318.

der Widerklage kompetent. Warum auch nicht? Das Kollegium der drei Richter gibt doch sicher nicht weniger Gewähr für die richtige Entscheidung wie der Einzelrichter am Amtsgericht.

Ist nun ein bestimmtes Amtsgericht für den Widerklageanspruch örtlich ausschließlich zuständig, so ist es das ihm vorgesetzte Landgericht nicht immer ebenfalls: wenn freilich z. B. an einem bestimmten Amtsgericht für die Widerklage der dingliche ausschließliche Gerichtsstand gegeben ist, so ist das vorgesetzte Landgericht wohl zuständig, da ja das betr. Grundstück auch im Landgerichtsbezirke liegt, der dingliche Gerichtsstand also tatsächlich wirksam wird. Aber in anderen Fällen ausschließlicher Zuständigkeit der Amtsgerichte, besonders wenn für die während des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu erhebenden Klagen das Prozeßgericht erster Instanz ausschließlich zuständig ist und dieses Gericht ein Amtsgericht war (§§ 767, 768, 887—893 vbd. 802) ist auch das vorgesetzte Landgericht von der Zuständigkeit über den amtsgerichtlichen Anspruch ausgeschlossen und daher die Widerklage abzuweisen.

Eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte gibt es für widerklagefähige Ansprüche nicht. Weder § 648 noch § 828 kommt hier in Betracht, denn es handelt sich nicht um Klagen; ebensowenig § 689, da der Zahlungsbefehl nicht in Widerklageform beantragt werden kann; umgekehrt wird gemäß § 693 der Zahlungsbefehl mit der Zustellung und mündlichen Verhandlung zu einer Klage, gegen welche dann Widerklage freilich recht gut denkbar ist als im ordentlichen Verfahren. Auch über die in § 23 A. 2 GVG. für sie reservierten Gegenstände können die Landgerichte mit entscheiden: der Vorbehalt ist nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten, zur rascheren Erledigung alltäglicher Streitigkeiten gegeben. Wenn aber die Raschheit der Erledigung mit der Trennung des Prozeßstoffs, die doch die Abweisung der Widerklage mit sich bringt, erkauft werden muß, so entfällt ohnedies das Zweckmoment jener Vorbehalte. Und es besteht umsoweniger Anlaß, die Widerklage abzuweisen,

als § 23 Z. 2 GVG. nicht wie § 70 A. 2 von „ausschließlicher Zuständigkeit“ spricht.

Der Ausdehnung der landgerichtlichen Kompetenz auf amtsgerichtliche Ansprüche entspricht die Gültigkeit der Entscheidungen der mit dem Vorprozeß beschäftigten landgerichtlichen Zivilkammer über die in diesem Prozeß erhobene handelsrechtliche Widerklage, die eigentlich vor die Handelskammer gehören würde.

Wird dagegen vor der Handelskammer eine Widerklage erhoben, die nicht handelsrechtlicher Natur ist, so bestimmen §§ 105 A. 1 und 106 GVG. für den Fall eines vor der Verhandlung zur Sache erhobenen Antrags des Widerbeklagten die Verweisung des ganzen Rechtsstreites an die Zivilkammer. Von amtswegen ist Verweisung möglich, solange noch keine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt ist; jedoch dann nicht, wenn der Grund der Inkompetenz der Handelskammer nur darin besteht, daß der Widerkläger nicht Kaufmann ist (GVG. § 101 No. 1; §§ 105 A. 2, 103 A. 2). Verweisung an die Zivilkammer ist auch gegeben, wenn Vorklage und Widerklage ursprünglich am Amtsgericht erhoben waren, von diesem an die Handelskammer (gemäß CPO. § 506 und GVG. § 102 A. 2) verwiesen wurde und sich nun als nichthandelsrechtlich offenbaren (GVG. § 103 A. 2). Hatte das Amtsgericht dagegen den Rechtsstreit an die Zivilkammer verwiesen, so ist diese nicht zu einer weiteren Verweisung an die Handelskammer befugt, selbst wenn sich nunmehr die handelsrechtliche Natur des Prozesses herausstellt (vgl. GVG. § 104 A. 2)[103]).

II. Voraussetzungen der Widerklage als solcher.

§ 11. Rechtshängigkeit eines Prozesses.

Wir sind jetzt zum eigentlichen begriffbildenden Momente der Widerklage gekommen. Widerklage setzt ja

103) Vgl. Löning a. a. O. S. 115 ff.

voraus, daß sie sich in Gegensatz zu einer anderweitigen Klage setzen kann.

Diese Klage kann Leistungs- oder Feststellungsklage sein. Doch genügt nicht ein bloßer Antrag oder ein Gesuch, wie sie z. B. in § 37 (Bestimmung des zuständigen Gerichtes) oder in den §§ 645, 675, 680, 685 (Entmündigung oder deren Wiederaufhebung) oder § 920[104]) (Anordnung des Arrestes) gegeben sind. Eine Ausnahme bildet kraft positiver Bestimmungen das Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls (§ 688): mit der Zustellung an den Schuldner treten nämlich laut § 693 die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein, und bei rechtzeitiger Erhebung des Widerspruchs soll die Klage wegen des Anspruches als erhoben angesehen werden (§ 696); erfolgt kein Widerspruch, so steht der Vollstreckungsbefehl einem über den Anspruch entscheidenden Versäumnisurteile gleich (§ 700). Die Voraussetzung eines anhängigen Prozesses ist also für eine Widerklage vom Augenblick der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner gegeben; freilich muß es zur mündlichen Verhandlung kommen, da Widerklage nur dort erhoben werden kann[105]).

Wenn mit der Vorklage d. h. mit ihrer Existenz prozessual gerechnet werden soll, muß sie gültig sein[106]) und im Zeitpunkt der Widerklageerhebung noch anhängig sein.

Was die Gültigkeit betrifft, so ist hiefür eigentlich alles das maßgebend, was wir bisher (§§ 3—9) in der Modifikation für die Widerklage kennen lernten. Wir gingen ja aus von den Klagevoraussetzungen und sahen in ihnen diejenigen Bedingungen, die zunächst für die Widerklage als einer Klage erfüllt sein müssen. Indessen gehört die Be-

104) AM. Löning S. 34; Schollmeyer Zwischenstr. S. 71, Drechsler i. Z. f. d. CP. 1 S. 209 f., welche in „Arrestgesuch" nur einen unglücklichen Ausdruck für Arrestklage sehen wollen.

105) Vgl. unten § 17.

106) Vgl. Löning S. 36 f. Uebereinst. der Sache nach die herrschende Mein.; anders nur Gaupp-Stein II 1, Hellmann S. 446 f. Kohler Prozess als RV. S. 109 f. Siehe unten Anm. 109.

handlung der Prozeßvoraussetzungen der gewöhnlichen Klage nicht in diese Spezialarbeit; denn es gelten die allgemeinen Regeln, ohne daß für die Vorklage als solche Veränderungen Platz greifen.

Zur Gültigkeit gehört natürlich auch eine vorschriftsmäßige (§ 253) Erhebung.

Wird nun gegenüber einer dem § 253 zuwider erhobenen oder einer gemäß § 274 von einer prozeßhindernden Einrede bedrohten Klage eine Widerklage erhoben, so ist diese zunächst keineswegs abzuweisen; soweit eine verzichtbare Einrede in Frage steht, fällt sie durch die Einlassung des Beklagten zur Hauptsache, also schon oder höchstens gleichzeitig mit der Widerklageerhebung, weg; gleiches gilt von dem Mangel der Erhebungsform: auch diese ist nach Analogie der §§ 264 und 500 durch Parteiwillen auch abweichend von § 253 gültig, ihr Mangel also durch Einwilligung (Einlassung) geheilt. Wenn der Vorklage eine unverzichtbare prozeßhindernde Einrede entgegensteht, so ist, solange das Gericht auf Antrag oder von amtswegen nicht eine abgesonderte Verhandlung angeordnet hat, was, abweichend von den verzichtbaren in jedem Stadium des Prozesses möglich ist, ebenfalls kein Grund für die Zurückweisung der Widerklage: die Ungültigkeit der Vorklage ist ja dann noch nicht bekannt, nicht einmal behauptet. Sobald aber das Gericht ex officio die Gültigkeit anficht, ist nur in dem Falle und nicht vor Erlassung des Urteils, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, eine Widerklage möglich. Liegt somit in der Ungültigkeit der Vorklage als solcher, d. h. ohne daß sie geltend gemacht wird, überall kein Grund, eine Widerklage zurückzuweisen, so ändert sich die Sachlage, wenn die Ungültigkeit der Vorklage ausgesprochen und diese verworfen würde. In diesem Falle entfällt nämlich eine Voraussetzung der Widerklage, die Rechtshängigkeit der Vorklage, somit kann auch keine Widerklage bestehen. Kam es in der Zeit zwischen Widerklageerhebung und Verwerfung der Vorklage bereits zu Verhandlungen und prozessualen Akten,

so werden sie als nie vorgenommen betrachtet[107]). Nur wenn die Widerklage eventuell ihrem Inhalt und der widerklägerischen Absicht nach als gewöhnliche selbständige Klage betrachtet werden kann und also auch die Widerklage Privilegien (vor allem den besonderen Gerichtsstand § 33 oder 280) nicht in Anspruch nimmt, ist sie nicht von selbst weggefallen, sondern muß erst auf Parteiantrag, der den Mangel der richtigen Form rügt, auch als Klage abgewiesen werden[108]); vor dem Amtsgericht wird unter diesen Voraussetzungen eine Widerklage, welcher durch Verwerfung der Vorklage der Boden entzogen wurde, wegen der in § 500 gegebenen Erleichterung der Klageerhebung als Klage unantastbar gültig und kann auch auf Parteiantrag nicht abgewiesen werden[109]).

Was die Zurücknahme der Vorklage anlangt, die nach § 271 A. 3 bewirkt, daß der Rechtsstreit als nie anhängig betrachtet wird, so ist sie nach erhobener Widerklage nur mit Einwilligung des Beklagten möglich, da ja die Widerklageerhebung mündliche Verhandlung des Beklagten voraussetzt und ohne Einwilligung des Beklagten die Klage nur bis zu deren Beginn zurückgenommen werden darf (§ 271). Der Fortbestand der erhobenen Widerklage als einer selbständigen Klage unterliegt den gleichen Bedingungen wie nach der Abweisung der Vorklage angebrachtermaßen. Der

107) Vgl. Seuffert Anm. 2 zu § 33 und 7 b zu § 280; Wilm.-Levy Anm. 4; Löning a. a. O. S. 36, 38 f. (s. jed. S. 171 ff.); Kleinfeller a. a. O. S. 49, Struckmann-Koch Nr. 1, Wach I 476, Lippmann a. a. O. S. 362.

108) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 14.

109) Hellmann S. 446, Kohler a. a. O. S. 119 f., Jur. LBl. 10, 136 und Gaupp-Stein II 1 lassen bei Abweisung der Vorklage die vorher erhobene Widerklage gültig fortbestehen; Löning a. a. O. S. 171 ff. will nach Wegfall der Klage wenigstens auf Parteiantrag die Widerklage abweisen lassen und betont die Notwendigkeit eines Urteils wie angebracht über dieselbe. Ein solches Urteil ist m. E. nur dann notwendig, wenn der Widerkläger nach Verwerfung der Vorklage die W. als selbständige Klage weiterführen will und es einer solchen an einer von amtswegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzung gebricht.

Sachverhalt ist ja derselbe: Die Widerklage verliert mit dem Fortfall der ersten Klage die Möglichkeit, ihren Existenzzweck, gemeinsame Verhandlung, zu erfüllen und hört damit auf, Widerklage zu sein. Sie wurde nicht in der einer Klage zukommenden Form erhoben und ist deshalb als Klage auf Parteiantrag abzuweisen, freilich nicht von amtswegen[110]). Selbt wenn es in der Vorklage gar nicht zur mündlichen Verhandlung kam, und infolgedessen auch keine Widerklage erhoben werden konnte, kann die Ankündigung einer solchen im Schriftsatz doch eine Klageerhebung bedeuten, wofern nämlich der ursprüngliche Kläger nicht rügt, daß die Ankündigung der Widerklage nicht eine ordnungsmäßige Klagezustellung sei; aber es handelt sich hier nur um einen Mangel der Form, der als solcher nicht zur Abweisung von amtswegen führt, sondern durch Einlassung des Beklagten behoben wird[111]). Im Falle dieser Einlassung gilt die Klage gegen den ursprünglichen Kläger als vom Moment der Zustellung des Schriftsatzes, der eine Widerklage ankündigt, an anhängig.

Praktisch wird nicht selten der Fall eintreten, daß der Beklagte an die Zurücknahme der Klage die Bedingung knüpft, der Kläger müsse einwilligen, daß die erhobene Widerklage als Klage weiterbestehe, und dürfe die mangelhafte Form der Klageerhebung nicht rügen. Wie immer ist aber auch hier Vereinbarung in den Fällen des § 40 A. 2 nicht zulässig.

Endet die Rechtshängigkeit der Vorklage, durch Urteil zur Sache oder durch Vergleich, so berührt diese Aufhebung die vorher erhobene Widerklage nicht, da diese ja gültig erhoben ist und die Rechtshängigkeit der Vorklage keineswegs (wie im Falle des § 271 A. 3) durch jene Arten der Beendigung als beseitigt angesehen wird. § 301 spricht

110) AM. Lippmann a. a. O. S. 362: die W. fällt immer fort. Löning S. 41 Anm. 35 u. Struckmann-Koch: Zurücknahme der Klage ohne jeden Einfluß auf die Klage. — Uebereinst. der Sache nach Seuffert 2a, Gaupp V 1 zu § 271, Wach I 478.

111) Vgl. RE. 22 S. 419.

ausdrücklich von der Möglichkeit, daß einstweilen über die Klage ein Endurteil (Teilurteil) erlassen werde, solange die Widerklage noch nicht entscheidungsreif sei und darum später behandelt werden müsse.

§ 15. Identität des Gerichtes und des Parteienpaares.

Es liegt im Begriff der Widerklage, daß sie nur von der Person, die im Moment der Erhebung Beklagter im Vorprozeß ist, an dessen Gericht gegen den im gleichen Moment für den Vorprozeß aktiv legitimierten Gegner erhoben werden kann. Nicht unbedingt muß also der Widerbeklagte gerade jener sein, der s. Zt. die Klage erhob, und nicht nur jener kann widerklagen, gegen den s. Zt. die Klage anhängig wurde. Wenn nämlich im Vorprozeß ein Sukzession auf der klägerischen bezw. beklagtischen Seite eintrat (§§ 239, (246,) 265, 266), worunter auch die Benennung des auctor (§ 76) fällt, so ist nur mehr der Sukzessor für eine Widerklage passiv bezw. aktiv legitimiert.

Da ferner im Falle der Streitgenossenschaft jeder aktive Streitgenosse Kläger, jeder passive aber Beklagter ist, so ist jedem einzelnen der passiven gegen jeden der aktiven eine Widerklage möglich. Unter den Voraussetzungen der §§ 59 u. 60 kann es andrerseits auch zu einer Widerklage — Streitgenossenschaft kommen, indem ein Vorbeklagter gegen mehrere Vorkläger oder mehrere Vorbeklagte gegen einen oder mehrere aktive Streitgenossen der Vorklage eine Widerklage erhebt. Ferner wird der Hauptintervenient (§ 64) selbst Partei, nämlich Kläger gegen beide Parteien zusammen als Beklagte; es ist also gegen ihn sowohl von einer einzelnen als von den ursprünglichen Klageparteien zusammen Widerklage zulässig. Hauptpartei ist endlich auch der Dritte, welcher die geltendgemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt und vom verklagten Schuldner als Streitgenosse gerufen wird; dieser ist zwar nicht auf dem regelmäßigen Weg der Klage, sondern durch einen ausnahmsweise genügenden Antrag Hauptinter-

venient geworden[112]). Daher ist gegen ihn von jeder der Vorklagepartei oder von beiden verbunden als Streitgenossen Widerklage möglich. Von einer Sukzession in die Rolle des ursprünglichen Beklagten von Seite des Dritten[113]) oder des ursprünglichen Klägers (als des neuen Beklagten gegen den Dritten[114]) sagt das Gesetz nichts (wie etwa in § 76 A. 3 „an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen"); also bleibt der ursprüngliche Beklagte sogar nach der Hinterlegung des streitigen Forderungsbetrages noch zur Widerklage aktiv legitimiert, und obwohl er sich von der persönlichen Teilnahme an den Verhandlungen über jenen Anspruch zurückgezogen hat, kann er sich doch an der Verhandlung über den (neuen) Widerklageanspruch persönlich prozessual beteiligen[115]).

Ein Nebenintervenient kann niemals von sich aus widerklagen, da er nicht Partei, deren Sukzessor oder Vertreter ist, sondern nur als Unterstützung und Gehilfe der Hauptpartei betrachtet werden muss (§§ 66, 67)[116]). In dem Falle des § 69 „gilt" wohl der Nebenintervenient „im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei" und es wurde ihm daher von einigen Schriftstellern die Befugnis zur Erhebung der Widerklage zugeschrieben[117]); die herrschende Meinung jedoch sieht in ihm nur einen bevorzugten Nebenintervenienten, der aus der nachteiligen Lage des § 67, in der sich der gewöhnliche befindet, befreit und in die günstigere Stellung eines Streitgenossen gerückt ist; also nur in der Frage der Beschränkung des Nebenintervenienten auf Erklärungen und Handlungen, die denen der Hauptpartei

112) Vgl. Wach Vortr. (2) S. 109, Gaupp-Stein II zu § 75 und Nachw. dort.

113) Seuffert 3 zu § 75, Fischer i. Gruchot 25 S. 849, Schlodtmann Z. f. d. CP. 131 S. 297 ff.

114) Kohler i. Gruchot 30 S. 490.

115) Vgl. Löning a. a. O. S. 75; übereinst. die herrsch. Meinung.

116) Vgl. Wach Handb. I 641 Anm. 7 u. 648 ff., Löning S. 78. Am. nur Hellmann Komm. I 146 u. 229 f.

117) Vgl. Petersen Anm. 2 u. Wilm.-Levy Anm. 3 zu § 69; Kohler KritVjs 22 S. 387; v. Canstein i. Z. f. d. CP. 8 S. 225, 252.

nicht widersprechen, bestimmt § 69 abweichend, diese Schranken sollten für den Nebenintervenienten des § 69 fallen. Doch deshalb ist ein solcher nicht wirklich Streitgenosse und Partei geworden. Wichtiger noch ist die Begründung, die Wach gibt: der Intervenient vollzieht durch seinen Beitritt immer nur einen Interventionsakt, keineswegs macht er seinen Anspruch rechtshängig. Der Gegner kann also gegen ihn keinen Gegenanspruch, noch kann er selbst einen solchen widerklagenderweise geltend machen [118]).

Wie der Nebenintervenient mit der Hauptpartei nur in einer prozessualen Verbindung steht, ohne selbst Partei zu sein, so können auch die Prozeßvertreter und Bevollmächtigten nicht als Widerklageparteien auftreten. Da aber nur Indentität der Parteien zur Widerklage erforderlich ist, bildet ein Personalwechsel in der Vertretung, wie er manchmal notwendig wird, kein Hindernis. Ging die Klage von einer Behörde aus, oder gegen sie, so ist Widerklage gegen bezw. von einer andern staatlichen Behörde aus wohl statthaft, da die Partei der Staat ist, also kein Wechsel der Partei, sondern nur der Vertretung (fiskalische Stationen) eintrat [119]).

Ist der Kläger nur zu Aktivprozessen legitimiert, wie z. B. der Ehemann nach § 1580 BGB., wenn um ein Recht aus dem eingebrachten Gut prozessiert wird, so ist Zulässigkeit der Widerklage prozessual-rechtlich dennoch gegeben; denn er ist ja Kläger des Vorprozesses und als solcher unbedingt zur Rolle des Widerbeklagten befähigt. Dass sie sachliche Abweisung wegen mangelnder Passivlegitimation erfahren wird, berührt die prozessuale Seite nicht [120]). Endlich ist jeder Vorbeklagte als solcher an sich zur Aktivrolle in der Widerklage legitimiert; die Prozessfähigkeit freilich überträgt sich nicht unbedingt vom Vorprozeß auf die Widerklage; vgl. oben § 8 a. E.

118) Wach a. a. O. S. 648 ff., Oertmann a. a. O. S. 17 ff.

119) Windscheid Pand. I § 58 Anm. 2 a, Löning S. 78.

120) Vgl. Gaupp-Stein II 5 zu § 33. AM. Binder Beitrag z. Auslegung des BGB. 1, S. 115.

Ist der Kläger nun Widerbeklagter geworden, so kann er nicht gegen die Widerklage wieder eine solche erheben; in dem Vorbringen eines neuen Gegenanspruchs gegen den Widerklageanspruch liegt nur eine Erweiterung des ursprünglichen Klagebegehrens, wie sie in §§ 268 und 280 erwähnt wird. Wenn § 596 die Erweiterung des Klageantrags als Veranlassung der Verweisung angibt, so ist damit nicht gesagt, daß diese Erweiterung nicht auf eine Widerklage hin erfolgt sein könne. Ebenso kann der Antrag auf Entscheidung über ein Inzidentverhältnis, der nach § 280 auf Seite des Klägers eine Klageerweiterung darstellt, nicht nur ein für die Klage, sondern auch für die Widerklage präjudizielles Rechtsverhältnis betreffen. Es besteht sonach m. E. kein Grund zu der Annahme, der gemeinrechtliche Satz reconventio reconventionis non datur könne für die CPO. nicht gelten[121]). Die Folge ist, daß für die Erhebung des Gegenanspruchs des Widerbeklagten gegen den Widerklageanspruch nicht die Voraussetzungen, aber auch nicht die Privilegien der Widerklage gelten, sondern die Grundsätze über Klageerweiterung.

§ 16. Geeignete Prozeßart der Vorklage.

Regelmäßig ist jedes Klageverfahren geeignet, eine Widerklage aufzunehmen. Doch bestimmt das Gesetz für einige besondere Prozeßarten Ausnahmen. Gegenüber den Klagen im Urkunden- und Wechselprozeß ist jede Widerklage ausgeschlossen (§ 595 A. 1), also auch wenn sie sich ihrerseits zur Widerklage eignete. Der Grund dafür liegt in der Tendenz dieser Prozeßart: möglichst rasche und glatte Erledigung ist beabsichtigt[122]). Die Klagen im Entmündigungsverfahren (Anfechtungs- und Aufhebungsklagen) sind kraft positiver Bestimmungen (§§ 667 A. 2, 679 A. 4,

121) Vgl. Gaupp-Stein II 5, Struckmann-Koch 3, Wilm.-Levy 1, Kleinfeller S. 82 f., Hellmann Lehrb. S. 452 u. KritVjs 29 S. 220 ff. — AM. Löning S. 79 ff. Wach I 485 ff., Seuffert 3, Petersen 12, Hofmann i. Gruchot 38 S. 387.

122) Vgl. Motive S. 350.

686 A. 4) absolut ungeeignet, Widerklagen zu ermöglichen. Im Mahn- und Arrestverfahren ist Widerklage zulässig, wofern nur Gelegenheit zu ihrer Erhebung gegeben ist, d. h. wenn es zur mündlichen Verhandlung kommt. Für Widerklagen in Eheprozessen endlich ist eine besondere Bedingung gestellt: es müssen nicht nur ebenfalls Eheklagen sein, § 615 schafft auch noch ein gesondertes Revier dreier Kategorien von Eheklagen, innerhalb dessen, und zwar ausschließlich, Klagen und Widerklagen zusammenkommen können: die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Scheidungsklage und die Anfechtungsklage. War also die Vorklage von einer dieser drei Arten, so ist als Widerklage nur wieder eine der genannten drei Klagen möglich. Strenger noch ist der Kreis geschlossen, wenn eine Nichtigkeitsklage den Vorprozeß bildet. Mit ihr kann laut § 633 A. 2 nur wieder eine Nichtigkeitsklage oder eine Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen der Ehe zwischen den Parteien verbunden werden. (Vgl. auch Motive S. 364, 369.)

Der umgekehrte Fall ist analog aufzufassen: die genannten Klagearten sind, gegen Klagen im ordentlichen Verfahren zu Widerklagen benützt zu werden, ebenfalls ungeeignet[123]). Das Gesetz sucht eben eine Verquickung zweier dem Inhalt oder dem Verfahren nach fremder Prozeßkategorien zu vermeiden.

III. Die gültige Erhebung.

§ 17. Form der Erhebung.

So sehr wir im bisherigen in der Widerklage den Klagebegriff betonten und von ihm ausgingen, um die Voraussetzungen der Widerklage zu finden und festzustellen, so wenig gilt für Klage und Widerklage Gleiches auch hinsichtlich der praktischen Geltendmachung. Nur die Wider-

123) Nur für den Urkunden- und Wechselprozeß bestritten von Kleinfeller a. a. O. S. 80.

klage an sich ist gegeben, wenn die im Vorstehenden erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind; d. h. der Beklagte hat dann die Möglichkeit, durch die Erhebung einer Widerklage seinem Gegenanspruch zu derselben rechtlichen Bedeutung zu verhelfen, wie wenn er sie in einer Klage geltend machte. Die Art und Form der Erhebung jedoch ist nicht die der Klage; somit gibt es keine Widerklageschrift oder -zustellung. Die Widerklage wird vielmehr nach §§ 278, 281 in der mündlichen Verhandlung erhoben. Nun soll sie im landgerichtlichen Verfahren freilich aus dem vorbereitenden Schriftsatz verlesen werden (§ 297); hier ist also eine Ankündigung in einem solchen Schriftsatze vorgeschrieben. Gleichwohl wird aber die Widerklage nicht mit diesem, wie etwa die Klage mit der Zustellung der Klageschrift, anhängig, sondern erst durch den mündlichen Vortrag. Wie aber die Klage erst wirksam werden kann, wenn sie dem Gegner wirklich mitgeteilt ist, so ist auch für die Widerklageerhebung ein wesentliches Moment, daß sie den Widerbeklagten erreicht: bleibt also dieser der mündlichen Verhandlung fern, so kann auch die beabsichtigte Widerklage nicht wirksam werden; es bleibt beim Versuch. Die vorherige Ankündigung im Schriftsatze ist belanglos. Es kann nur immer auf den Grundsatz des § 281 hingewiesen werden, daß die Rechtshängigkeit eines solchen erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs und damit die Widerklage mit dem Zeitpunkt der mündlichen Geltendmachung beginnt. Mit der Gefahr der Chikanierung des Beklagten durch den Kläger ist es nicht so schlimm, als es im ersten Augenblick aussieht: der Beklagte, der wegen Fernbleibens des Klägers nicht zur Widerklage gelangt, hat ja, bei entsprechendem vorangehendem Schriftsatz ev. schon beim ersten Male das Versäumnis-Urteil des § 330 zur Seite und kann dann mit Freude auf die Widerklage verzichten. Genau so steht es bei Ausbleiben des Widerklägers in der mündlichen Verhandlung[124]). Daraus folgt

124) Vgl. Seuffert 4 zu § 33 und Nachw. dort. AM. besonders Motive S. 132, Meyer i. Z. f. d. CP. 9 S. 341, Deybeck ebd. 13

unmittelbar, daß weder gegen den nichterschienenen Kläger noch gegen den nichterschienenen Beklagten, auch nicht bei vorheriger Ankündigung einer zu erhebenden Widerklage im Schriftsatz, ein Versäumnisurteil erlassen werden kann: denn weder der eine noch der andere kann hinsichtlich einer erst zukünftigen Widerklage verurteilt werden. Dagegen steht natürlich dem Versäumnisurteil über die in einem früheren Termin wirklich erhobene Widerklage nichts im Wege.

Andere Formalien, die für besondere Klagearten verlangt sind, gelten auch für die entsprechenden Widerklagearten. § 256 verlangt für Feststellungsklagen den Nachweis des rechtlichen Interesses des Klägers an alsbaldiger richterlicher Feststellung des geltendgemachten Rechtsverhältnisses bezw. der Echtheit einer Urkunde. Dieser Nachweis ist auch für Feststellungswiderklagen regelmäßig nötig. Nur die Inzidentfeststellungswiderklage leitet ihre Zulässigkeit aus der Präjudizialität des festzustellenden Verhältnisses ab. Wenn durch diese auch notwendig bis zu einem gewissen Grade ein Interesse an alsbaldiger Feststellung vorhanden ist, so kommt es für die Berechtigung dieser Feststellungswiderklage doch nicht auf den Nachweis des Interesses des Widerklägers, sondern auf die objektive Präjudizialqualität des Inzidentverhältnisses an.

Wie für Klagen, so kann auch für Widerklagen für den Fall, daß gegen Beamte Ansprüche aus Amtshandlungen verfolgt werden, durch landesgesetzliche Bestimmungen das Erfordernis der Vorentscheidung darüber aufgestellt werden, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe.

Dagegen erstrecken sich die in §§ 608—611 für die Klagen auf Scheidung oder auf Herstellung des ehelichen

S. 320 ff., Troll Vers.-Urt. S. 133 ff. Hellmann S. 636, Struckmann-Koch, Petersen, Gaupp, Reincke; RE. 28 S. 407 lässt die Frage, ob der erschienene Widerkläger zurecht das V.-U. aus seiner vorher angekündigten Widerklage erwirken kann, offen und bejaht nur die Frage, ob die schriftlich angekündigte W. bei Ausbleiben des Klägers erhoben werden kann.

Lebens gegebenen Vorschriften betr. einen vorangegangenen Sühneversuch lt. § 614 A. 2 nicht auf die dementsprechenden Widerklagen; das hängt damit zusammen, daß wie die Motive S. 364 f. hervorheben, eine derartige Klage nur gegenüber einer Eheklage aus derselben Ehe gegeben sind und sich der für die Vorklage notwendig stattgefundene Sühneversuch „auf die ehelichen Verhältnisse in ihrer Totalität erstreckt“ [125]).

Keine Formvorschriften, sondern die inhaltlichen Bestandteile einer Klage zählt dagegen § 352 auf; bezüglich dieser ist die Qualität der Widerklage als einer Klage soweit maßgebend, daß § 352 auch für die Widerklage Geltung beansprucht. Freilich ist ja der prozessuale Habitus der zu erhebenden Widerklage durch die Existenz einer Vorklage schon derart vorbereitet, daß eine „Bezeichnung“ des Widerklagegerichts von seiten des Widerklägers überflüssig wäre; ferner kann der Widerbeklagte nicht erst geladen werden, da nur, wenn er schon in der mündlichen Verhandlung steht, Widerklage unternommen werden kann; endlich ist auch der A. 4 des § 253 unanwendbar, da Widerklage nicht durch einen Schriftsatz erhoben wird. Jedoch bleiben die übrigen Bestandteile der Klageerhebung auch für die Widerklage erforderlich: Benennung der Parteien, bestimmte Angabe des Gegenstandes und des tatsächlichen Grundes des Widerklageanspruchs, sowie ein bestimmter Antrag; auch soll der Wert des Gegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichtes von diesem Werte abhängt.

Die Bestimmtheit des Antrages und des verfolgten Gegenstandes macht eine eventuelle Widerklage allgemein unmöglich [126]). Der Beklagte kann nicht unter der Bedingung, daß er im Vorprozeß abgewiesen wird, die Rechtshängigkeit seines Gegenanspruchs erwirken. Hierher gehört ein geistreich, aber nicht unbedingt zwingend interpretierter Fall bei Wetzell System S. 846 und Löning a. a. O. S. 133 f. Macht der Beklagte einen Gegenanspruch in einer Kompen-

125) Vgl. auch RE. 15 S. 293.

126) Vgl. RE. 40 S. 331. AM. Struckmann-Koch.

sationseinrede und daneben in einer „eventuellen Widerklage" geltend, so heißt das: die Widerklage soll dann gelten, wenn die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs nicht der Kompensationseinrede bedarf, sondern entweder mangels Beweises oder schon wegen anderer beklagtischer Verteidigungsmittel erfolgen muß. Die Kompensationseinrede ist es also, die nur ev. erhoben ist, nämlich für den Fall, daß es ohne sie nicht zur Klageabweisung kommt. Dagegen soll die Widerklage wirksam bestehen und anhängig sein. Führen dagegen die übrigen Verteidigungsmittel nicht zur Klageabweisung und wird deshalb die Einrede aus dem Aufrechnungsgegenanspruch notwendig, so soll dieser den Inhalt einer Kompensationseinrede bilden und die Widerklage von dieser abgelöst werden. Wir haben es also in Wirklichkeit nicht mit einer eventuellen, sondern mit einer bestimmt erhobenen Widerklage zu tun, die nur unter einer Bedingung wieder entfallen solle.

Sicher ist die Widerklage nicht dann unter einer Bedingung erhoben, wenn der Beklagte eine prozeßhindernde Einrede erhebt und für den Fall, daß diese abgewiesen werden sollte, „eventuell" als Widerkläger auftreten will. Denn die Bedingung, die er stellt, versteht sich von selbst: Wenn er durchdringt mit dieser Einrede und infolgedessen der Vorprozeß aufhört zu bestehen, kann sich ohnehin keine Widerklage entwickeln, weil keine Klage vorhanden ist, an die sie sich anschließen könnte. Bei Lichte betrachtet, wird ja jede Klage und Widerklage unter der Bedingung erhoben, daß sie den Prozeßvoraussetzungen genügt[127]).

Daß das Wort „Widerklage" bei dem Akte der Erhebung fällt, ist nicht unbedingt notwendig. Unter Umständen, besonders bei Verteilungsstreitigkeiten, kann schon im Antrag auf Klageabweisung Widerklage liegen und ein im Sinne des § 253 bestimmter Antrag gestellt sein. So nämlich, wenn Abweisung des Widerspruchs beantragt ist: das Gericht darf laut § 880 nicht schlechthin auf Abweisung des Widerspruchs erkennen, sondern muß in jedem Falle eine positive Ent-

127) Vgl. Löning a. a. O. S. 134, Seuffert 4 zu § 33.

scheidung über die Auszahlung der Masse treffen[128]). Das erinnert an die actiones duplices des römischen Rechtes. Der Antrag auf Abweisung der Widerklage geht hier über eine Verteidigungsmaßregel oder über eine Negation hinaus und empfängt aus § 880 die Spannkraft zu einem selbständigen Klagebegehren mit dem bestimmten Antrag auf Aenderung des Verteilungsplanes. In dem Antrag liegt also dem Feingehalte nach eine Widerklage, weshalb wir ihm alle ihre Folgen, vor allem die Wirkungen der Rechtshängigkeit, zuschreiben müssen.

§ 18. Zeit der Erhebung.

Die §§ 278, 280 und 281 enthalten Bestimmungen über die Zeitgrenzen für die Erhebung der Widerklage. Da nach § 281 die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung eintritt, andererseits die Widerklage als eine Klage erst mit der Rechtshängigkeit ihres Gegenstandes zu existieren anfängt, so wäre eine Widerklage vor der mündlichen Verhandlung, vor welcher die Rechtshängigkeit nicht eintreten kann, unmöglich. Sonach ist der Beginn der mündlichen Verhandlung der früheste Termin der Geltendmachung. Der Endtermin ist im Gesetz deutlich angegeben: Der Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (§§ 278, 280). „Das Urteil" ist (bedingtes oder unbedingtes) Endurteil; die Erlassung eines Beweisbeschlusses, eines Zwischen- oder Teilurteils bedeutet keinesfalls das Ende der Möglichkeit, Widerklage zu erheben. Nicht einmal, wenn durch ein Zwischenurteil über einen Präjudizialpunkt entschieden wurde und nachher Inzidentfeststellungswiderklage bezüglich dieses Punktes angestrengt wird. Zwar ist nach § 318 das Gericht an seine Vorentscheidung gebunden, d. h. die Entscheidung im Zwischenurteil muß maßgebend bleiben für die Endentscheidung des Vorprozesses; doch verfolgt die Wider-

128) Vgl. RE. 51 S. 318.

klage einen darüber hinausgehenden selbständigen Zweck: die wenn auch notwendig gleichlautende, so doch rechtskräftige Entscheidung über den auf eigene Füße gestellten Inzidentpunkt (§ 322). Natürlich wäre die Widerklage dann abzuweisen, wenn ihr Gegenstand schon vorher in einer Kompensationseinrede vorgebracht und über sein Nichtbestehen durch Zwischenurteil entschieden worden ist: § 322 A. 2 verleiht der Feststellung des Nichtbestehens[129]) der zur Aufrechnung vorgeschützten Gegenforderung die Rechtskraft, weshalb nicht nur eine anders lautende rechtliche Würdigung des gleichen Tatbestandes unmöglich ist, sondern auch kein Rechtsschutzbedürfnis nach einer nochmaligen Entscheidung im gleichen Sinne vorliegt; zumal das Zwischenurteil der Rechtskraft hier ausnahmsweise fähig ist[130]).

Die mündliche Verhandlung, während welcher die Erhebung der Widerklage ausschließlich möglich ist, braucht zunächst nicht der ersten Instanz anzugehören. § 559 A. 1 erlaubt die Vorbringung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem Berufungsgericht; doch wird für die Widerklage der A. 2 maßgebend, der „neue Ansprüche“ in der Berufung nur mit Einwilligung des Gegners zuläßt. Von beachtenswerter Seite[131]) wurde sowohl vor der Novelle, als die Widerklage in der Berufung laut 491 A. 2 ä. F. allgemein unmöglich war, als auch noch nachher bezüglich des Fortfalls des Einwilligungserfordernisses, die unbedingte Zulässigkeit der Ehewiderklage des § 615 in zweiter Instanz

129) Die CPO. von 1877 enthielt auch den Fall, daß das Bestehen der Gegenforderung festgestellt werde; in der Novelle wurde auf Anregen Seufferts (Z. f. d. CP. 16 S. 469 ff.) die Feststellung des Bestehens gestrichen, da die Gegenforderung mit der Aufrechnung nach BGB. § 369 von selbst zu bestehen aufhöre, mithin eine Entscheidung darüber, daß sie bis zum Zeitpunkt der Aufrechnung bestanden habe, nicht der Rechtskraft bedürfe.

130) Vgl. Löning a. a. O. S. 128, Oertmann a. a. O. S. 57.

131) Kleiner S. 689, Hellmann 2 S. 540 ff., Petersen 2 S. 475 f., Seuffert 1 zu § 615. Struckmann-Koch S. 542; RE. 8 No. 98 und 14. VI. 92 S. A. 48, 187; JWs. 00 S. 659, 8. OLG. Braunschweig 28. XI. 81 S. A. 38, 190.

behauptet. Löning[132]) hat meines Erachtens diese Anschauung aus den Worten des Gesetzes selbst kurz aber treffend widerlegt. Vor dem Berufungsgericht ist also eine Ehewiderklage nur möglich, wenn sie 1. zur gleichen Kategorie der Vorklage gehört (§ 615 A. *2*) und *2*. die Einwilligung des Gegners vorliegt.

In der Revisionsinstanz sind nur die in § 561 aufgeführten Tatsachen für die Entscheidung maßgebend: neue Ansprüche fallen nicht darunter, damit ist auch die Widerklage für unmöglich erklärt.

§ 279 spricht die Präklusion zu spät vorgebrachter Verteidigungsmittel aus; das trifft die Widerklage nicht[133]). Sie ist ja kein Verteidigungsmittel. Anders § 616: ist eine Ehescheidungsklage oder eine Klage auf Erklärung der Ungültigkeit der Ehe erhoben und will der Beklagte die eine oder andere dieser beiden Klagen gegen den Kläger erheben, so muß er gerade als Widerkläger im gleichen Prozeß gegen ihn auftreten; in einem späteren Prozesse könnte er eine Klage oder Widerklage nicht mehr auf Tatsachen stützen, die er schon während des früheren Prozesses widerklagenderweise hätte vorbringen können.

Im vorbereitenden Verfahren vor einem beauftragten Richter ist der singuläre Fall gegeben, daß die Widerklage nicht in der mündlichen Verhandlung erhoben wird. § 350 verlangt Protokollierung aller Ansprüche, somit auch der Widerklage, vor dem beauftragten Richter. Unterbleibt sie, so können diese Ansprüche nicht in der darauffolgenden mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden, sondern lt. § 354 A. *2* nur solche, die erst später entstanden oder bekannt geworden sind.

132) A. a. O. S. 127 Anm. 162.

133) Vgl. Motive S. 206 Prot. S. 89, Löning a. a. O. bei Anm. 165 u. 188, RE. 17. X. 99 S. A. 55, 111. Wohl aber ist der Widerbeklagte mit den nicht rechtzeitig vorgebrachten „Verteidigungsmitteln" gegen die Widerklage ausgeschlossen lt. § 279; vgl. OLG. Lübeck 5. VII. 77 S. A. 34, 36.

Es sei zum Schlusse verstattet, die Ergebnisse unserer Untersuchung in einer Definition der reichsprozeßrechtlichen Widerklage zusammen zu fassen, wobei wir freilich teilweise nur Komplexe von Voraussetzungen benennen und auch die positiven Ausnahme-Bestimmungen nicht durchgängig mitherein beziehen können. Wir sagen:

Nach der CPO. kommt gültige Widerklage zu Stande durch die Geltendmachung eines über ein Verteidigungsmittel hinausgehenden Anspruchs[134]) des Beklagten gegen den Kläger in der mündlichen Verhandlung[135]) eines vor einem ordentlichen Gerichte anhängigen (Vor)prozesses, soweit dieser sich dazu qualifiziert[136]), vorausgesetzt, daß den für die gewöhnliche Klage bestimmten Vorschriften auch hinsichtlich des Widerklageanspruches Genüge geleistet ist[137]); und zwar in erster Instanz unbedingt, in zweiter im Falle der Einwilligung des Klägers.

---

134) Dieser etwas vorsichtig klingende Ausdruck ist nötig wegen des bei Anm. 128 erwähnten Falles in Verteilungsstreitigkeiten.

135) Ausnahme s. oben für den Fall des vorbereitenden Verfahrens vor dem beauftragten Richter. Doch bleibt natürlich die implicite in dem Begriff der „mündlichen Verhandlung“ liegende Voraussetzung der gegenwärtigen Rechtshängigkeit eines Vorprozesses zwischen Widerkläger und -beklagten auch hier erhalten.

136) S. oben § 16.

137) Ausnahme wegen CPO. § 110 A. 2 Nr. 3 s. oben § 7 a. E. und bezüglich der Erhebungsform s. oben § 17.